

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE DANS LE DROIT DES CONTRATS

THÈSE POUR LE DOCTORAT **EN DROIT**

présentée et soutenue le 16 octobre 1968

PAR

Yves SERRA

Lauréat de l'Académie Française (Prix Viard)
et de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Montpellier

Membres du Jury

Président M. MOUSSERON
Suffragant M. AUSSEL
Suffragant M. CABRILLAC

PARIS
LIBRAIRIE SIREY
1970



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**L'OBLIGATION
DE NON CONCURRENCE
DANS
LE DROIT DES CONTRATS**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : les opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE DANS LE DROIT DES CONTRATS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 16 octobre 1968

PAR

Yves SERRA

Lauréat de l'Académie Française (Prix Viard)
et de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Montpellier

Membres du Jury

Président M. MOUSSERON
Suffragant M. AUSSEL
Suffragant M. CABRILLAC

PARIS
LIBRAIRIE SIREY
1970

UNIVERSITEIT LEIDEN
BIBLIOTHEEK

L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE DANS LE DROIT DES CONTRATS

PAR
M. J. H. VAN DER WOUDE



LEIDEN
1911

UNIVERSITEIT LEIDEN
BIBLIOTHEEK

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

LIBRE CONCURRENCE ET OBLIGATION DE NON CONCURRENCE

1. Littré définit le mot « concurrence » comme la « prétention de plusieurs personnes à un même objet ».

Dans le domaine économique la situation de concurrence se manifeste par la compétition qui joue, sur un même marché, entre plusieurs individus dans l'intention d'atteindre plus complètement une fin économique, en particulier, l'offre de produits ou de services qui satisfont des besoins égaux ou proches.

2. Une même expression a pu servir pour qualifier l'attitude économique et l'attitude juridique au regard de la concurrence, c'est celle de libre concurrence. Cependant, sous cette unité de langage, deux conceptions se sont faites jour.

D'une conception théorique et générale, les économistes sont passés à des appréciations concrètes et multiples des situations de concurrence, ils s'attachent désormais à décrire des situations de marché qui sont plus ou moins concurrentielles, c'est-à-dire, dans lesquelles les entreprises disposent d'une marge plus ou moins grande de liberté. Du point de vue économique, la définition de la concurrence est une définition de résultat ; or, « la concurrence parfaite n'est qu'une hypothèse de travail » (1) et l'on admet aujourd'hui comme représentative de la vie économique la notion de concurrence imparfaite ou encore de concurrence monopolitique. Il est donc plus juste de parler de situations concurrentielles que de libre concurrence.

A l'opposé, l'expression libre concurrence a gardé droit de cité dans le langage des juristes, ceux-ci l'ont même érigée au rang de principe. Cela tient à la conception juridique de la concurrence qui est une conception de moyen, et si la liberté n'est plus le seul moyen

(1) J. MARCHAL, *Mécanismes*, p. 29.

d'atteindre une situation de concurrence, elle en demeure cependant l'essentiel. Le principe est celui de la liberté de la concurrence.

3. Mais il a été justement remarqué que « la liberté est un régime juridique et la concurrence une situation de fait » (1). C'est donc à l'analyse de la liberté nécessaire à l'obtention d'une situation de concurrence qu'il faut procéder pour déterminer le contenu juridique du principe de la libre concurrence.

Dans une première acception, on peut trouver dans ce principe l'affirmation de l'abolition des corporations et des privilèges dans l'exercice du commerce, chaque individu étant libre d'exercer l'activité économique de son choix et d'organiser celle-ci librement. C'est la définition même que l'on pourrait donner du principe de la liberté économique individuelle : liberté du commerce et de l'industrie, liberté du travail (2). En outre, l'activité économique se concrétisant juridiquement par des contrats, la liberté de la concurrence suppose la liberté contractuelle. La liberté du commerce et de l'industrie et la liberté contractuelle formeraient donc les bases indispensables de la liberté de la concurrence (3).

Une deuxième signification peut être attachée au principe de la liberté de la concurrence, c'est celle de la licéité du dommage concurrentiel. La compétition pour la recherche de la clientèle étant libre, tout professionnel peut attirer la clientèle d'autrui. Autrement dit, la liberté de la concurrence permet d'attirer les acheteurs, même s'ils sont déjà clients d'un concurrent. « La liberté d'agir du concurrent qui cause le dommage l'emporte alors sur la sécurité de son rival malheureux » (4).

En définitive, le principe de la liberté de la concurrence suppose une double affirmation, l'affirmation de la liberté économique individuelle et, résultant de celle-ci, l'affirmation de la licéité du dommage concurrentiel.

4. Pour être mieux compris, le principe de la liberté de la concurrence ainsi défini doit être envisagé dans ses conséquences au regard d'un facteur économique essentiel, celui de la clientèle.

(1) E. JAMMES, *Histoire de la pensée économique du XX^e siècle*, p. 170.

(2) Le principe de cette liberté est traditionnellement trouvé dans la loi des 2-17 mars 1791 dont l'art. 7 dispose : « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Cependant, ni le préambule de la Constitution du 27 octobre 1947, ni celui de la Constitution de 1958 ne contiennent l'affirmation de cette liberté économique individuelle. Cf. art. 41 de la Constitution italienne qui dans son alinéa premier déclare : « L'initiative économique privée est libre ».

(3) Pour M. ROTONDI (« Avviamento et concurrence déloyale », *R.T.D. Co.* 1956, p. 13 et s.), la libre concurrence est l'affirmation de l'égalité de tous les citoyens en présence des effets de la concurrence. Selon cet auteur « Plus que de la liberté de la concurrence il faudrait donc parler du point de vue juridique de l'égalité en face de la concurrence ».

(4) R. PRIEUR, « Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché », *R.T.D. Co.* 1960, p. 521.

Le développement du commerce et de l'industrie dans les sociétés actuelles, écrit le Doyen Roubier, a mis en lumière l'importance du facteur clientèle dans un monde où on s'occupe tant de fabriquer et de vendre ; or, cette possibilité de fabriquer et de vendre est intimement liée à l'existence et à la valeur des débouchés. Dès lors, toutes les opérations du cycle économique de l'industrie se trouvent commandées par la notion de clientèle, c'est pour la clientèle, c'est pour le public des consommateurs que tout le labeur économique est conduit » (1). Cette remarque doit même être généralisée. En effet, tout professionnel à vocation a réunir autour de lui une clientèle dans le cadre de son activité. Un médecin ou un avocat, un commerçant ou un industriel, du fait même de l'exercice de leur activité professionnelle tendent à la formation d'une clientèle. Dans cette perspective, l'influence de la liberté de la concurrence est double, positive et négative à la fois. La liberté de la concurrence est la condition nécessaire à la constitution d'une clientèle car elle permet l'accès à la vie économique et assure la liberté dans la compétition qui joue pour la recherche de la clientèle. Mais elle est aussi souvent la cause de la disparition de la clientèle ainsi conquise.

Ainsi, sur un marché donné, l'offre étant adaptée à la demande et cette dernière restant constante, toute acquisition de clientèle par un professionnel déterminera une perte de clientèle pour un concurrent de celui-ci. On peut dire que tout progrès de l'un sera réalisé aux dépens de l'autre. La liberté de la concurrence selon le point de vue où on se place aura donc, soit un aspect positif, l'acquisition d'une clientèle, soit un aspect négatif, la perte de la totalité ou d'une partie d'une clientèle.

On conçoit, dès lors, que toute limitation de la concurrence au profit du titulaire d'une clientèle constitue un facteur de sa stabilité. Or, la stabilité est le maître mot en matière de clientèle et cela pour une double raison : parce que, d'une part, la clientèle est une source de revenus et, parce que, d'autre part, la clientèle est analysée comme un bien, représente un capital. Sous un aspect premier, la clientèle est indispensable à l'exercice de toute activité économique pour que celle-ci soit profitable. En effet, en dernier ressort, la mesure des bénéfices est liée à la réalisation d'un chiffre d'affaires, lui-même représentatif des relations d'affaires nouées avec le public, avec la clientèle.

Le caractère de fluidité de la demande dans l'hypothèse « classique » de concurrence parfaite, la liberté de chaque individu composant cet ensemble de personnes que constitue la clientèle, enfin et surtout, le fait que la clientèle appartienne à qui sait la prendre, la concurrence étant libre, donnerait à penser qu'elle ne peut en aucun cas constituer un bien juridique. La clientèle serait un phénomène économique résultant soit de l'imperfection de l'offre, soit le plus souvent de la viscosité de la demande, elle serait un phénomène sociologique dans les relations humaines, mais elle serait insusceptible d'être un bien de par

(1) P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, T. I, p. 104.

son contenu composé d'individus libres, et surtout, par le fait que la concurrence a pour conséquence d'en faire un élément essentiellement aléatoire.

Telle n'est pas cependant la conclusion à laquelle est arrivé notre droit qui fait aujourd'hui une place importante à la clientèle dans le patrimoine. La clientèle commerciale est considérée comme l'élément essentiel du fonds de commerce et détermine la valeur de celui-ci. Plus généralement, toute position professionnelle à laquelle est attachée une clientèle tend à être analysée comme un bien dont la valeur est fonction du volume de la clientèle. A côté de la notion de « clientèle-revenus » est apparue la notion de « clientèle-capital » (1).

Dès lors, on comprend que le « propriétaire » d'un tel capital cherche à en préserver l'intégrité, mais celle-ci sera nécessairement liée à la stabilité de la clientèle.

Si d'un certain volume de clientèle dépend non seulement un certain volume de revenus, mais aussi un certain volume de capital, toute limitation de la concurrence au profit du titulaire d'une clientèle étant un facteur de la stabilité de celle-ci, sera, de ce fait, un moyen de conserver un certain niveau de revenus et d'assurer la consistance d'un capital.

5. Les limitations apportées à la liberté de la concurrence sont aujourd'hui fort nombreuses. Déjà la loi des 2-17 mars 1791 posait dans son article 7 la nécessité d'observer les règlements de police. Depuis, ces atteintes se sont multipliées et ne sont plus uniquement inspirées par le respect des règlements de police.

Deux raisons principales sont à la source de cette évolution. L'une tient au fait que l'activité économique est devenue une attribution essentielle de l'État, lequel limite la liberté de la concurrence lorsque l'intérêt général ou la protection des consommateurs l'exige, l'autre est la traduction du souci d'assurer la protection des intérêts, peut être légitimes mais égoïstes, des titulaires de clientèles.

6. De cette dernière raison sont nées tout un ensemble de règles qui constituent une partie importante du droit de la concurrence.

Certaines de ces règles sont d'origine légale ou jurisprudentielle, d'autres naissent du contrat. Il en est notamment ainsi de l'obligation de non concurrence.

L'étude de l'obligation de non concurrence dans le droit des contrats suppose résolues deux questions préalables. La première, consiste à dégager la notion d'obligation de non concurrence par rapport aux diverses limitations de la concurrence ayant pour effet de protéger une clientèle. La seconde, revient à se demander à quelles conditions une convention peut valablement restreindre la liberté économique individuelle en créant une obligation de non concurrence.

(1) Voir G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*.

— SECTION I. — *La place de l'obligation de non concurrence parmi les limitations de la concurrence ayant pour effet de protéger une clientèle.*

— Section II. — *Les conditions de validité des conventions restrictives de la liberté économique individuelle.*

Section I. — La place de l'obligation de non concurrence parmi les limitations de la concurrence ayant pour effet de protéger la clientèle.

7. L'importance du facteur économique que représente la clientèle et la place que cette dernière tient aujourd'hui dans le patrimoine — le fonds de commerce est souvent l'élément principal du patrimoine du commerçant — sont à l'origine de toute une série de limitations de la liberté de la concurrence au profit des titulaires de clientèles, limitations qui tendent toutes à la protection d'une clientèle, c'est-à-dire, en définitive, à assurer sa stabilité au profit de son titulaire actuel.

Ces atteintes portées à la liberté de la concurrence le sont, soit par la loi, soit par la jurisprudence, soit enfin par le contrat.

8. De nombreuses dispositions légales ou réglementaires viennent limiter la concurrence. « Ces règles, constate le Doyen Roubier, débordent bien au-delà du droit de la propriété industrielle car elles sont établies non seulement dans l'intérêt des concurrents eux-mêmes, mais encore dans l'intérêt des consommateurs et de la clientèle ou même dans l'intérêt général de l'État » (1). Bien que non exclusivement édictées dans le but de protéger les titulaires de clientèles, ces dispositions limitatives de la concurrence représentent cependant un élément important pour la stabilité de la clientèle de ceux qui en bénéficient. Il suffit de rappeler que le législateur a accordé par la technique du droit privatif un monopole d'activité ou d'identification des entreprises ou des marchandises à certaines personnes. C'est ainsi que les droits de propriété industrielle imposent une situation de monopole au profit des titulaires de tels droits, et, de ce fait, restreignent la liberté de la concurrence en interdisant aux autres individus de reproduire sans l'assentiment du titulaire, la création ainsi protégée, de telle façon que, par rapport à celle-ci, la concurrence est éliminée.

Dans ces hypothèses, l'intérêt protégé est donc surtout celui du titulaire du droit, lequel va bénéficier d'une véritable exclusivité, d'un monopole d'exploitation. En définitive, c'est la clientèle qui fait l'objet de la production à travers l'élément qui sert à l'attirer.

9. D'un autre côté, s'il est vrai que la lutte concurrentielle est libre et qu'il est donc possible et licite d'attirer la clientèle d'autrui, cette liberté dans la concurrence n'est pas absolue. En particulier, la lutte

(1) *Op. cit.*, p. 484.

pour la recherche de la clientèle ne doit pas être placée sous le signe de la déloyauté.

La jurisprudence et la doctrine ont édifié une construction qui repose sur l'article 1382 du Code civil et dont le but est de réprimer la concurrence déloyale. Tout procédé déloyal employé dans la compétition économique constitue une faute qui engage la responsabilité de son auteur.

On peut donc dire que la liberté de la concurrence est limitée dans la mesure où il n'est pas permis d'attirer la clientèle par tous les moyens, mais seulement en observant, selon l'expression de M. Guglielmetti « le principe d'une façon d'agir honnête dans le champ commercial » (1).

La limitation de la liberté de la concurrence qui résulte ainsi de la théorie de la concurrence déloyale a pour objet la protection de la clientèle dans les rapports des commerçants entre eux.

« Il s'agit, écrit P. Durand, de défendre dans leurs relations respectives ce bien si précieux dans le fonds de commerce qu'est la clientèle » (2). On doit même élargir cette constatation à toutes les activités professionnelles, la théorie de la concurrence déloyale s'appliquant aussi dans le champ des professions civiles.

10. A côté de la loi et de la jurisprudence, le contrat vient très fréquemment limiter la liberté de la concurrence afin d'assurer la protection d'une clientèle. Les titulaires de clientèle, dans le but de protéger cette valeur contre les dangers de la concurrence, créent des obligations qui ont pour effet de réduire ou de supprimer la liberté de la concurrence de ceux qui en sont les débiteurs. Ces restrictions ainsi apportées à la liberté de la concurrence proviennent de multiples conventions. Qu'il s'agisse des clauses de non concurrence proprement dites que l'on rencontre en droit commercial et en droit du travail, ou encore des clauses d'exclusivité ou des ententes professionnelles, toutes ces conventions sont destinées à protéger la clientèle. En outre, la nature de certains contrats est comprise comme emportant de plein droit l'obligation pour l'une des parties de s'abstenir d'une certaine forme ou de toute concurrence, l'hypothèse la plus connue étant celle du contrat de vente de fonds de commerce, lequel restreint la liberté de concurrence du vendeur.

Parmi les diverses limitations de la concurrence que nous venons d'observer, on peut donc distinguer selon la terminologie employée par le Doyen Roubier une « concurrence illégale », une « concurrence déloyale » et « une concurrence anticontractuelle », selon la source de la limitation de la liberté de la concurrence. L'étude de l'obligation de non concurrence dans le droit des contrats s'insère logiquement dans le cadre de la concurrence anti contractuelle, ou si l'on préfère, dans le

(1) G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali della concorrenza*, Padoue 1961, p. 25.

(2) P. DURAND, « L'évolution contemporaine du droit de la concurrence », in *Melanges Paul ROUBIER*, p. 439.

cadre de la concurrence interdite par le contrat. Le souci de marquer les limites de notre étude nous conduira donc, dans une première démarche, à préciser la place de la concurrence anticontractuelle par rapport à la concurrence illégale et à la concurrence déloyale (§ I). Puis, il nous faudra, dans une deuxième démarche, situer l'obligation de non concurrence par rapport à l'ensemble des hypothèses de concurrence anticontractuelle (§ II).

§ 1. — CONCURRENCE ILLÉGALE, CONCURRENCE DÉLOYALE ET CONCURRENCE ANTICONTRACTUELLE

11. Si la concurrence illégale et la concurrence anticontractuelle sont en général nettement distinguées, il n'en est pas de même en ce qui concerne les deux notions de concurrence anticontractuelle et de concurrence déloyale.

Concurrence illégale et concurrence anticontractuelle diffèrent essentiellement par leur source. Selon la définition donnée par le Doyen Roubier « la concurrence illégale est celle qui est définie par les lois et règlements qui établissent des monopoles ou des exclusivités, ou qui fixent les conditions statutaires de l'exercice d'une profession » (1). Au contraire, la concurrence anticontractuelle est celle qui résulte d'une interdiction née d'un contrat (2). L'une a vocation à être générale, l'autre est limitée aux rapports des contractants.

12. La distinction entre la concurrence anticontractuelle et la concurrence déloyale ne tient pas seulement à une différence de source mais surtout à une différence de nature. Pourtant, cette distinction est souvent ignorée tant en doctrine qu'en jurisprudence ou, tout au moins, elle l'est partiellement.

Lorsque l'interdiction de concurrence résulte d'une clause de non concurrence expresse, les auteurs établissent généralement dans ce cas la distinction entre l'action née du contrat et l'action en concurrence déloyale (3). Mais, comme c'est souvent le cas, lorsque l'interdiction de concurrence résulte non de la volonté exprimée des contractants, mais est attachée à la réglementation légale du contrat, une fraction importante de la doctrine qualifie alors la violation de cette obligation de concurrence déloyale. On serait, selon ces auteurs, en présence d'une « concurrence déloyale anticontractuelle » qui ne serait

(1) *Op. cit.*, p. 484.

(2) Cela est vrai même si la réglementation légale du contrat donne naissance à une limitation de la concurrence. En effet, la loi n'est pas dans ce cas à proprement parler la source de l'interdiction de concurrence, elle ne fait que réglementer une situation qui prend naissance par l'effet de la volonté des parties.

(3) Cette distinction est nettement effectuée par la jurisprudence. Voir. Cass. Com. 10 mars 1965, *Bull. Civ. III*, n° 184, p. 157 ; Cass. Com. 17 mai 1965, *Bull. Civ. III*, n° 318, p. 289.

qu'une « espèce » entrant dans le « genre » concurrence déloyale (1).

Après avoir soutenu cette thèse dans un article publié en 1948 à la Revue trimestrielle de droit commercial (2), le Doyen Roubier l'abandonnait quelques années plus tard dans son ouvrage consacré au droit de la propriété industrielle, distinguant nettement la concurrence anticontractuelle — résultant d'une convention expresse ou de la réglementation légale du contrat — de la concurrence déloyale (3).

Dans le premier cas, la concurrence est « interdite ou non autorisée », dans le second, la concurrence est permise mais « on est en présence d'un certain nombre de procédés considérés comme critiquables dans la lutte économique et dans la recherche de la clientèle » (4). Autrement dit, selon l'excellente formule employée par le Doyen Roubier, dans l'hypothèse de concurrence anticontractuelle « celui qui fait acte de concurrent agit sans droit ; dans la concurrence déloyale, il fait seulement un usage excessif de sa liberté » (5).

Ce n'est donc pas une simple différence de source — contractuelle ou délictuelle — qui sépare ces deux formes de concurrence, mais bien une différence de nature.

En effet, d'un côté, lorsqu'on se trouve en présence d'un acte de concurrence déloyale, l'illégalité est déterminée par les moyens utilisés pour agir vis-à-vis des concurrents ; ce que l'on vise, ce sont les actes déloyaux en eux-mêmes, mais l'exercice de la concurrence reste pleinement possible. Au contraire, en cas de concurrence anticontractuelle, c'est l'activité concurrentielle elle-même qui est soumise à des restrictions.

La concurrence déloyale implique la prise en considération de moyens déloyaux dans l'exercice de la concurrence, celle-ci étant par ailleurs permise, alors que la concurrence anticontractuelle suppose l'exercice d'une concurrence interdite — par le contrat —, la recherche des moyens selon lesquels s'est développé un tel exercice étant

(1) Voir notamment : H. GODINOT, *La concurrence déloyale ou illicite*. Thèse Nancy 1932, p. 333 et s. ; POUILLET, « Marques », nos 1061-1164, 1263-1316 ; *Juris. Clas. Com. Annexes*, « Concurrence déloyale », Fasc. XXXVII et XXXVIII ; pour le droit italien où une thèse identique a été soutenue, voir, GHIRON, *La concorrenza ed i consorzi*, Turin 1954, p. 51.

(2) « La théorie générale de la concurrence déloyale », *R.T.D. Co.* 1948, p. 549 et s.

(3) *Op. cit.*, p. 482 et s.

(4) P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 483. La concurrence « interdite » pouvant l'être non seulement par le contrat (concurrence anticontractuelle), mais aussi par la loi (concurrence illégale). Ces deux formes de concurrence s'opposent alors sous le terme générique de « concurrence interdite » à la concurrence déloyale. Voir P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 10 et s.

(5) *Op. cit.*, p. 483. Dans ce sens, voir Lyon, 30 novembre 1959, *Juris. clas. Com. Annexes*, « Concurrence déloyale », Fasc. XXXVII n° 4 : « Attendu que si, en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie la concurrence est libre en France, et par voie de conséquence, licite, l'acte concurrentiel, c'est l'usage excessif de cette liberté que la jurisprudence réprime en faisant dans ce domaine application des principes de la responsabilité civile ».

inutile (1). Il faut donc se garder de confondre ces deux formes de concurrence.

§ II. — CONCURRENCE ANTICONTRACTUELLE ET OBLIGATION DE NON CONCURRENCE.

13. A l'intérieur de la catégorie des restrictions apportées à la liberté de la concurrence par le contrat, on rencontre divers phénomènes dont le point commun est de constituer des limitations de la concurrence qui ne peuvent prendre place, ni dans la catégorie de la concurrence illégale, ni dans celle de la concurrence déloyale.

A ce niveau de l'analyse on pourrait dire que toutes les restrictions contractuelles de la concurrence donnent naissance à une « obligation de non concurrence », dans la mesure où d'une convention naît une obligation qui restreint la liberté de la concurrence de son débiteur. Ainsi, les clauses de non concurrence stipulées à l'occasion de la vente d'un fonds de commerce ou d'un contrat de travail, les ententes professionnelles ou les conventions d'exclusivité, donnent naissance à une obligation de non concurrence au sens large du terme.

De ce fait, l'analyse doit être poursuivie car l'expression « d'obligation de non concurrence » ainsi entendue ne correspond pas à « l'obligation de non concurrence » que nous nous proposons d'étudier (2)

Toutes les restrictions contractuelles de la concurrence ne présentent pas le même visage, surtout, toutes n'ont pas les mêmes effets. Certaines restrictions contractuelles de la concurrence visent à interdire l'exercice d'une activité, alors que d'autres ont pour effet, non d'interdire l'exercice d'une activité, mais de limiter cet exercice en interdisant quelques modalités déterminées dans l'exercice d'une activité (3).

Cette distinction est à peine aperçue par le Doyen Roubier qui remarquait seulement qu'un contrat pouvait contenir « une obligation de s'abstenir de concurrence, ou encore de telle ou telle forme de concurrence » (4). On la trouve en germe dans le « Traité de droit commercial » de MM. Ripert, Durand et Roblot. Étudiant la « protection conventionnelle » de l'entreprise, ces auteurs distinguent les « conventions relatives à la création des entreprises », des « conventions relatives à l'exercice du commerce ». Les premières interdisant à une personne l'exercice de l'industrie ou du commerce, telle l'interdiction pour le vendeur de fonds de commerce de se rétablir dans un commerce similaire, alors que les secondes ont pour but d'éviter les méfaits de la

(1) Une même distinction est effectuée en droit italien par M. GUGLIELMETTI, *op. cit.*, p. 27 et s.

(2) Ce souci de distinction des diverses restrictions contractuelles de la concurrence n'est guère présent dans la doctrine française. Au contraire, la doctrine italienne a établi une classification précise de ces diverses conventions. Voir GUGLIELMETTI, *op. cit.*, p. 60 et s.

(3) Voir GUGLIELMETTI, *op. cit.*, p. 68 et s.

(4) *Op. cit.*, p. 486.

concurrence : les contractants « s'entendent pour régler la production, les quantités vendues, les prix de vente, la répartition des débouchés » (1).

Enfin, récemment, cette distinction a été nettement formulée en droit français par M. Plaisant (2), lequel constate qu'il existe, d'une part, des « accords par lesquels une personne s'interdit d'exercer une activité définie » et, d'autre part, des accords n'emportant pas « interdiction d'exercer une activité, mais adoption de certaines modalités pour exercer celle-ci.

On peut donc dire que certaines conventions ont pour effet non seulement de limiter une activité mais de l'interdire radicalement (3), alors que d'autres, au contraire, n'interdisent que certaines conditions d'exercice d'une activité, cette dernière étant limitée dans ses modalités, mais non interdite. Ainsi, c'est une chose que d'interdire à un individu de créer une entreprise ou encore de s'embaucher ou d'exercer sa profession et c'est une autre chose que d'obliger une personne à ne pas vendre tel produit, ou à le vendre dans une certaine zone ou à des prix déterminés. L'atteinte portée à la liberté de la concurrence est différente selon que la concurrence est impossible, l'activité permettant de la développer étant interdite, ou selon que la restriction de la concurrence n'a pas pour effet de l'interdire, mais de l'aménager, de la limiter dans quelques-uns de ses effets.

Cette distinction établie, nous pouvons délimiter avec précision l'objet de notre étude. L'obligation de non concurrence dont nous entreprenons l'étude peut être définie comme l'obligation de laquelle résulte pour une personne une interdiction de concurrence, interdiction emportant la nécessité de ne pas exercer une activité déterminée, plus spécialement, une activité professionnelle. L'obligation de non concurrence est une obligation qui interdit l'exercice d'une activité par opposition aux autres obligations limitatives de concurrence qui n'interdisent que quelques modalités déterminées dans l'exercice d'une activité.

Section II. — Les conditions de validité des conventions restrictives de la liberté économique individuelle.

14. Après avoir déterminé la place de l'obligation de non concurrence parmi l'ensemble des limitations apportées à la liberté de la concurrence et ayant ainsi défini le cadre de notre étude, une deuxième question doit être examinée préalablement à l'étude de l'obligation de non concurrence en elle-même. Il s'agit de savoir dans quelle

(1) *Op. cit.*, n° 436.

(2) Note sous *Class. Com.* 13 mars 1963, *D.* 1964-97.

(3) Cela est vrai même si, comme nous le verrons ultérieurement, ces interdictions doivent, pour être valables, respecter certaines limites d'objet, de temps et d'espace, car à l'intérieur de ces limites l'activité est interdite.

mesure une convention peut valablement interdire à un individu d'exercer une activité professionnelle déterminée. Si le principe de la liberté contractuelle veut que les particuliers puissent conclure les contrats qu'ils veulent aux conditions qu'ils veulent, cette liberté n'est cependant pas absolue. Encore faut-il que la convention des parties ne soit pas contraire à l'ordre public (1).

L'obligation de non concurrence, avons-nous dit, a pour effet essentiel de limiter la liberté économique individuelle de son débiteur. C'est-à-dire, qu'interdire à une personne d'exercer une activité déterminée dans le domaine économique, c'est porter atteinte à la fois à la liberté du commerce et de l'industrie et à la liberté du travail. Or, la loi des 2-17 mars 1791 dans laquelle on trouve traditionnellement la source de ces libertés économiques est comprise comme étant d'ordre public, la volonté des particuliers ne pouvant par convention porter atteinte à ces libertés individuelles fondamentales.

Il faut même, certainement, considérer ces libertés comme des droits de la personnalité, droits qui sont en principe hors du commerce (2). M. Decocq qualifie les conventions qui donnent naissance à une interdiction de concurrence « de conventions qui sont de nature à limiter de façon irrémédiable le potentiel d'activité de la personne » (3) et un auteur a justement remarqué que « dans le monde moderne, la liberté d'un homme peut être lésée sans qu'on s'empare de sa personne, mais en le privant plutôt de la possibilité de travailler » (4). On comprend, dès lors, que l'on puisse soutenir que toute convention ayant pour objet d'interdire une activité professionnelle doive être en principe déclarée nulle, d'une nullité d'ordre public, son objet étant illicite (5).

Cette solution abrupte selon laquelle toute convention limitative de la liberté économique individuelle serait nulle n'a pas cependant été retenue par notre droit. En l'absence de texte (6), notre jurispru-

(1) Art. 6, Code civil.

(2) Voir MARTY et RAYNAUD, *Traité de Droit civil*, T. I, n° 331 et s. Voir aussi Toulouse, 26 janvier 1966, *J.C.P.* 1966-II, 14.380, Note DIDIER, « Les droits résultant du principe de la liberté de commerce et de l'industrie et de la liberté du travail, déclare la Cour, figurent au nombre des droits de la personnalité qui sont en principe hors du commerce... ».

(3) A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Thèse, Paris 1957, n° 125.

(4) BERLE, *La révolution capitaliste du XX^e siècle*, p. 99.

(5) Voir G. LYON-CAEN, Note sous Cass. Soc., 8 mai 1967, *D.* 1967, 690. La manière dont se pose le problème de la validité des conventions interdisant non l'exercice d'une activité déterminée, mais seulement quelques modalités dans l'exercice d'une activité, est différente. En effet dans ce cas la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté du travail sont rarement en jeu, car il ne s'agit jamais d'interdire une activité. C'est alors surtout par rapport aux règles qui tendent à ce que la concurrence soit effective que doit être envisagée la validité de ces conventions. Ce n'est plus tellement la liberté individuelle qui est en cause, mais ce que les juristes italiens appellent « la liberté de marché ».

(6) La seule prohibition provient de l'art. 15 de la loi n° 65-356 du 12 mai 1965 concernant le bail commercial. Cet article est rédigé ainsi : « Est réputée non

dence a tranché l'opposition entre la liberté du commerce et du travail et la liberté contractuelle, au profit de cette dernière. Les conventions restrictives de concurrence dont l'effet est d'interdire l'exercice d'une activité sont valables (1), mais cette validité est conditionnelle. Elles doivent, d'une part, répondre à un intérêt légitime de la personne en faveur de laquelle l'interdiction est stipulée et, d'autre part, ne pas porter une atteinte trop grave à la liberté individuelle de la personne qui y est assujettie.

Ainsi, une interdiction de concurrence n'est valable qu'à une double condition, l'une, positive, — l'existence d'un intérêt légitime — qui doit exister dans la personne du créancier de non concurrence, l'autre, négative, — l'absence d'une atteinte trop grave, portée à la liberté individuelle — qui doit se vérifier dans la personne du débiteur de non concurrence (2). Autrement dit, la liberté du commerce et la liberté du travail peuvent faire l'objet d'une convention si cela est nécessaire à la protection d'un intérêt légitime et si ces libertés ne sont pas supprimées mais seulement restreintes (3). Nous examinerons successivement ces deux conditions nécessaires à la validité des conventions restrictives de la liberté économique individuelle.

§ I. — L'EXISTENCE D'UN INTÉRÊT LÉGITIME DANS LA PERSONNE DU CRÉANCIER DE NON CONCURRENCE.

15. M. Decocq pose très clairement la nécessité de cette première condition lorsqu'il écrit « ce qui justifie la licéité des conventions de non concurrence, c'est leur cause ; la liberté de l'homme ne peut être

écrite, toute convention ayant pour effet d'interdire à l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal d'adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires ».

(1) Depuis plus d'un siècle notre jurisprudence consacre le principe de la validité de ces conventions. Pour une application récente voir Cass. Soc., 6 décembre 1967, *Bull. Civ.* IV, p. 646, n° 761 : « Attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, qu'une clause de non concurrence est en principe licite... ».

(2) Le droit italien consacre une solution identique. Voir : G. GUGLIELMETTI qui observe que pour être valables, les restrictions contractuelles de la concurrence doivent d'une part, répondre à un intérêt légitime, et, d'autre part, être contenues dans certaines limites, *Op. cit.*, p. 113 et s.

(3) Voir Toulouse, 26 janvier 1966, précité. La Cour déclare que le titulaire de ces libertés ne peut y « renoncer que dans certaines circonstances et en observant certaines conditions ». Cette double condition est particulièrement mise en lumière dans les dispositions des conventions collectives de travail concernant les clauses de non concurrence souscrites par un salarié. Ces clauses ne doivent pas « avoir d'autre but que de sauvegarder les légitimes intérêts professionnels de l'employeur et ne doivent pas avoir pour résultat d'interdire en fait à l'ingénieur ou au cadre l'exercice de son activité professionnelle » art. 131 Annexe, Ingénieurs et cadres, de la Convention Collective nationale de l'industrie du pétrole. Voir *infra*, Annexe II.

aliénée qu'au profit d'un tiers qui y a un intérêt légitime » (1). L'intérêt légitime dont la protection est ici recherchée est en règle générale la protection directe ou indirecte d'une clientèle. La convention de non concurrence est justifiée parce que la concurrence que le débiteur de non concurrence présenterait un caractère périlleux ou anormal. « La cession de fonds de commerce, ou de clientèle civile, l'apport en industrie à une société, écrit M. Decocq, perdraient pour l'acquéreur ou pour les coassociés toute espèce de sens si le cédant ou l'apporteur restaient libres de faire concurrence à ceux-ci » (2). Une même idée est exprimée par M. Raynaud, lorsque, examinant la validité des conventions de non concurrence, cet auteur remarque : « ces conventions sont justifiées, le rétablissement du vendeur de fonds de commerce, l'établissement pour son compte d'un ancien employé ou l'engagement de celui-ci au service d'un concurrent, pourraient en effet constituer une concurrence anormale contre laquelle il est légitime de se prémunir » (3). C'est donc toujours, soit à travers le fonds de commerce, soit à travers l'entreprise, la clientèle du créancier de non concurrence qui est protégée par l'interdiction de concurrence ; protection nécessitée par la position antérieure ou actuelle occupée par le débiteur de non concurrence vis-à-vis de cette même clientèle, soit comme ancien titulaire du fonds ou du cabinet, soit comme salarié de l'entreprise.

16. La « légitimité » de cet intérêt est cependant contestée par quelques auteurs.

Parlant de l'obligation de non concurrence, M. le Doyen Carbonnier estime que celle-ci est imposée au débiteur « pour essayer de prêter consistance à quelque chose qui n'en a pas : fonds de commerce, clientèle » et qu'ainsi « on est amené à violenter des libertés humaines élémentaires » (4).

De son côté, M. G. Lyon-Caen remarque que la justification d'une interdiction de concurrence imposée à un ancien salarié « remonte à une époque où dominaient les pratiques restrictives et les conceptions malthusiennes. Aujourd'hui, poursuit l'auteur, les intérêts bien compris des entreprises imposent une rapide circulation des idées et des hommes, génératrice d'une meilleure compétition. Le secret des affaires, la défense de la clientèle, sauf agissements malhonnêtes, ont cessé d'être tabous » (5).

Ces arguments ne manquent pas de poids et, s'ils ne peuvent, en l'état actuel, être représentatifs de notre droit positif, lequel admet

(1) *Op. cit.*, n° 130.

(2) *Op. cit.*, n° 131.

(3) Cours de droit civil approfondi, « L'ordre public économique », *Les cours de droit*, 1965-1966, p. 101.

(4) Note sous Poitiers, 8 novembre 1949, *J.C.P.*, 1949, n° 5205.

(5) Note sous Cass. Soc., 8 mai 1967, *D.* 1967-690.

le principe de la validité des conventions restrictives de la liberté économique individuelle, ils devraient tout au moins marquer la nécessité qu'il y a d'ajuster avec rigueur l'atteinte portée à la liberté du débiteur de non concurrence aux intérêts considérés comme légitimes du créancier de non concurrence. L'obligation de non concurrence ne devrait être considérée comme ayant une cause licite que si elle a pour but, et seulement pour but, d'interdire une concurrence réellement possible et réellement préjudiciable.

Or, la recherche de l'existence de cet intérêt légitime et de sa dimension est souvent omise par la jurisprudence ; les Tribunaux s'attachant souvent pour déterminer la validité d'une convention restrictive de concurrence à la seule vérification que l'interdiction ainsi imposée au débiteur n'est pas générale et absolue, c'est-à-dire, qu'elle n'a pas une incidence excessive sur la liberté individuelle (1).

§ II. — L'ABSENCE D'UNE INCIDENCE EXCESSIVE DE L'INTERDICTION DE CONCURRENCE SUR LA LIBERTÉ DU DÉBITEUR DE NONCONCURRENCE

17. La seconde condition nécessaire pour que l'interdiction d'exercer une activité déterminée soit considérée comme licite est une condition négative : l'interdiction ne doit pas avoir une incidence excessive sur la liberté économique individuelle de celui qui y est astreint. Selon une formule que l'on retrouve dans de nombreux arrêts : « la liberté du travail et du commerce peut être valablement restreinte par les conventions des parties, pourvu que ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue ».

A partir de cette idée générale, la jurisprudence a dégagé un critère unique permettant d'apprécier la validité de toutes les conventions portant interdiction d'exercer une activité déterminée (1). Cependant, les conventions de non concurrence accessoires à un contrat de travail, tendent aujourd'hui à échapper à ce critère général de validité, pour être appréciées selon des critères particuliers plus protecteurs de la liberté du débiteur de non concurrence (II).

(1) Il faut cependant mettre au crédit de la jurisprudence actuelle, le souci de rechercher, dans le domaine particulier des clauses de non concurrence accessoires à un contrat de travail, l'existence d'un intérêt légitime dans la personne de l'employeur, intérêt dont les limites marquent celles de l'obligation de non concurrence du salarié.

Sur cette question, voir G. LYON-CAEN, « Les clauses restrictives de la liberté du travail », *Droit Social*, 1963, p. 88 et s. ; Note sous Cass. Soc., 8 mai 1967, précitée ; R. LINDON, « Validité de la clause de non concurrence dans les contrats de louage de services », *J.C.P.* 1960-I, n° 1593 ; Note sous Cass. Soc., 4 janvier 1962, *J.C.P.* 1962-II, 12522.

1. — LE CRITÈRE GÉNÉRAL D'APPRÉCIATION DE LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS DE NON CONCURRENCE

18. Le critère employé par les Tribunaux pour déterminer la validité de l'interdiction de concurrence au regard de son incidence sur la liberté de la personne qui y est assujettie est exprimé par l'idée de limitation. La liberté du commerce et la liberté du travail peuvent être restreintes par les conventions des parties, mais non totalement anéanties.

Une double limitation est considérée comme nécessaire pour la sauvegarde de la liberté du débiteur de non concurrence :

— L'interdiction doit être limitée quant à son objet.

— L'interdiction doit être limitée, soit dans le temps, soit dans l'espace.

A) *Limitation quant à l'objet.*

19. Une interdiction de concurrence est nulle lorsqu'elle vise toute activité économique ou professionnelle, l'atteinte ainsi portée à la liberté du commerce et à la liberté du travail étant excessive. D'autre part, elle est dans ce cas disproportionnée à l'intérêt légitime du créancier de non concurrence, le terme même d'interdiction de concurrence supposant que l'activité interdite soit de même nature ou d'une nature voisine de celle exercée par le créancier de non concurrence.

De ce fait, cette première limitation apparaît tellement évidente qu'elle est toujours sous-entendue, même lorsqu'elle n'est pas exprimée par les Tribunaux lorsque ceux-ci énoncent les limitations nécessaires à la validité de l'interdiction de concurrence (1).

Cette limitation quant à l'objet est cependant insuffisante à elle seule pour valider l'interdiction de concurrence, encore faut-il que celle-ci soit limitée, soit dans le temps, soit dans l'espace.

B) *Limitation quant au temps ou quant au lieu.*

20. L'effort dans la recherche d'un critère unique d'appréciation de la validité des conventions de non concurrence par la jurisprudence a porté essentiellement sur ces deux catégories de limitation, de temps et l'espace. Deux stades peuvent être observés dans l'évolution jurisprudentielle.

a) Lors de l'apparition des conventions de non concurrence dans notre droit, les Tribunaux ont réagi avec diversité pour apprécier la validité de ces conventions. On peut cependant remarquer qu'outre

(1) Certaines décisions précisent cependant que l'interdiction n'est licite que si « elle ne vise que des emplois dans un commerce ou une industrie déterminés ». Voir, Cass. Civ., 2 juillet 1900, *D. P.* 1901-1, 294 ; Cass. Civ. 14 avril 1937, *D. H.*, 1927, 299 ; Cass. Civ. 27 octobre 1936, *D. H.* 1936, 571 ; Cass. Civ. 18 juin 1945, *D.* 1945, 332.

la nécessité d'une limitation de l'interdiction quant à son objet, la validité d'une telle stipulation était subordonnée soit à une limitation dans le temps, soit à une limitation dans l'espace.

Seulement, toutes les conventions de non concurrence validées parce que limitées quant au lieu étaient accessoires à des ventes de fonds de commerce, la limitation quant au temps étant ici absente (1), alors que toutes les conventions de non concurrence déclarées licites parce que limitées quant au temps étaient accessoires à des contrats de louage de services (2), la limitation quant au lieu n'existant qu'exceptionnellement. Autrement dit, la convention de non concurrence accessoire à une vente de fonds de commerce devait, pour être licite, être limitée quant à son objet et quant au lieu, alors que la validité d'une même convention de non concurrence contenue dans un contrat de travail exigeait la limitation quant à l'objet et quant au temps.

Chacune de ces limitations de temps ou de lieu n'avait donc pas la même valeur selon l'opération dans laquelle était insérée la convention de non concurrence. On peut trouver l'explication de cette jurisprudence, d'une part, dans le fait qu'en matière de vente de fonds de commerce il s'agit d'interdire la concurrence du vendeur dans le rayon d'action du fonds cédé, et, d'autre part, dans l'influence certaine de l'article 1780 du Code civil dans l'appréciation de la validité des conventions de non concurrence souscrites par un salarié (3).

Il n'existe donc pas à cette époque un critère unique d'appréciation de la validité des conventions de non concurrence.

b) La particularité de chacune des limitations de temps et d'espace allait bientôt disparaître pour donner naissance à un critère unique d'appréciation de la validité des conventions de non concurrence tant en droit commercial, qu'en droit du travail.

Ce critère est implicitement formulé par un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation en date du 28 février 1865. « La

(1) Voir Paris 19 mai 1849, S. 1849-2, 553 ; Paris 12 décembre 1850, S. 1851-2, 79 ; Bordeaux, 4 mai 1859, S. 1860-2, 214 ; Cass. Req. 24 février 1862, S. 1862-1, 241 ; Cass. Req. 14 juillet 1867, S. 1867-1, 399.

(2) Voir Caen 24 juillet 1854, S. 1857-2, 214 ; Caen 20 juin 1864, S. 1865-2, 106.

(3) En présence d'une interdiction de concurrence souscrite par un salarié sans limitation de temps, le Trib. Civ. de Rocroi prononça la nullité de la convention en ces termes : « Attendu qu'une telle convention est illicite et nulle comme portant atteinte à la liberté naturelle de l'homme et à celle du travail et de l'industrie ; qu'elle équivaut implicitement ou indirectement à la convention proscrire par l'art. 1780 Code Civil, par laquelle on engagerait ses services à perpétuité, puisque, en effet, s'interdire la faculté de servir à jamais un autre maître ou dans un autre établissement, c'est s'enchaîner irrévocablement à l'établissement où l'on entre... » (4 janvier 1856, sous Metz, 26 juillet 1856, S. 1858-2, 37). Sur pourvoi contre l'arrêt confirmatif de cette même Cour de Metz, la Cour de cassation (11 mai 1858, S. 1858-1, 747) rejetait en ces termes : « ... l'art. 1780 C. N. en permettant d'engager ses services ne veut que ce soit autrement qu'à temps ou pour une entreprise déterminée, qu'une conséquence non moins nécessaire du même principe est la prohibition de tout engagement ayant pour résultat de s'obliger à ne faire en aucun temps un emploi déterminé... ».

convention par laquelle l'une des parties se soumet envers l'autre à ne pas exercer une profession ou une industrie dont la concurrence serait de nature à causer un préjudice à celle-ci, déclare la Cour, n'est illicite qu'autant qu'elle est générale et absolue et quant au lieu et quant au temps » (1). Les limitations de temps et d'espace sont placées sur un pied d'égalité.

A partir de cet instant, un critère unique d'appréciation de la validité de toutes les conventions de non concurrence existe, il est formulé parfaitement dans un arrêt rendu par la Chambre civile le 26 mars 1928 (2) « Attendu, que la liberté du travail et du commerce peut être valablement restreinte par les conventions des parties, pourvu que ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire, illimitée tout à la fois quant au temps et quant au lieu ; que la restriction demeure licite lorsqu'elle est perpétuelle, mais limitée à un endroit déterminé, comme aussi lorsque s'étendant à tous les lieux, elle ne doit être observée que pendant un certain temps ; que dans l'une comme dans l'autre hypothèse, la convention est pleinement obligatoire si elle a été librement consentie ».

Ce critère dégagé par la jurisprudence, et toujours appliqué aujourd'hui, permet de donner une définition de l'interdiction de concurrence générale et absolue, donc nulle, et par voie de conséquence de déterminer l'interdiction partielle, c'est-à-dire licite.

— Est générale et absolue, l'interdiction dont l'étendue est illimitée à la fois quant au temps et quant au lieu, étant sous-entendu que la limitation quant à l'objet doit toujours exister.

— Sera donc nulle parce que générale et absolue :

1) L'interdiction illimitée quant à son objet, qu'elle soit ou non limitée à un autre point de vue (3).

2) L'interdiction qui militée quant à l'objet est illimitée quant au temps et quant au lieu (4).

— Est partielle et donc licite, l'interdiction dont l'objet n'est pas illimité et qui est par ailleurs limité soit quant au temps (5), soit quant au lieu (6), soit quant aux deux à la fois (7).

Ce critère de validité tend à être appliqué pour lui-même, le juge en présence d'une interdiction limitée quant au temps ou quant au

(1) *D.P.* 1865-1, 425.

(2) *D. P.* 1930-1, 145, note *Prc.*

(3) Paris, 14 novembre 1934, *D. H.* 1935, 24.

(4) Voir Cass. Civ. 14 mars 1904, *G. P.* 1904-I, 497, *S.* 1904-1, 145 ; Req. 25 mai 1936, *D. H.* 1936, 380 ; Req. 22 janvier 1941, *D. A.* 1941, 163 ; Cass. Soc. 16 novembre 1944, *G. P.* 1944-I, 31 ; Cass. Soc. 10 avril 1945 *G. P.* 1945-I, 204 ; Paris, 7 février 1956, *G. P.* 1956-I, 378.

(5) Voir Paris, 25 juin 1958, *J.C.P.* 1959, éd. C. I. 64540.

(6) Voir Nancy, 14 octobre 1905, *D. P.* 1907-2, 321.

(7) Voir Cass. Soc. 8 février 1961, *Bull. Civ.* 1961-IV, n° 178, p. 141 ; Cass. Soc. 14 novembre 1963, *Bull. Civ.* 1963-IV, n° 788, p. 653 ; Cass. Soc. 8 janvier 1965, *Bull. Civ.* 1965, n° 15, p. 11.

lieu, ne recherchant plus si l'interdiction correspond à un intérêt légitime du créancier de non concurrence, ni si elle porte une atteinte excessive à la liberté du débiteur de non concurrence. La limitation fait présumer que ces deux considérations sont respectées (1).

II — LES CRITÈRES PARTICULIERS D'APPRÉCIATION DE LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS DE NON CONCURRENCE EN DROIT DU TRAVAIL.

21. Le système général d'appréciation de la validité des conventions restrictives de la liberté du commerce et du travail détermine souvent de graves conséquences pour le salarié qui s'est engagé à ne pas concurrencer son employeur après la cessation du contrat de travail. Une telle interdiction risque en effet de priver son débiteur de tout moyen d'existence, celui-ci se trouvant souvent en fait dans l'impossibilité d'exercer son activité professionnelle. Très tôt, la doctrine s'est élevée contre l'application du critère général de validité des conventions de non concurrence à ces mêmes engagements lorsqu'ils sont souscrits par un salarié. « Il serait plus équitable et plus juridique, écrivait Pic, de rechercher dans chaque espèce si la convention litigieuse respecte ou non dans la personne du salarié, le minimum de liberté qui est indispensable pour lui permettre de vivre de son travail » (2).

A cette considération encore plus évidente aujourd'hui, alors que se dessinent les contours d'un véritable « droit à l'emploi », on peut ajouter qu'il semble paradoxal, à l'heure du recyclage permanent, de condamner un technicien ou un ingénieur à une inactivité prolongée, faisant ainsi de celui-ci un « dépositaire de techniques périmées ». Aussi, le principe même de la validité des conventions de non concurrence en droit du travail est-il aujourd'hui l'objet de vives critiques (3).

(1) La protection de la liberté du débiteur est de ce fait plus apparente que réelle. Ainsi il a été jugé qu'une interdiction d'une durée de 50 ans souscrite par un individu âgé de 30 ans n'était pas illimitée quant au temps et de ce fait licite. (Limoges, 25 novembre 1910, *D.* 1922-2, 405) ; dans le même esprit, la Cour de Paris (12 janvier 1898, *D.* 1898-2, 350) a jugé « que l'interdiction stipulée ne devant durer que 25 ans ne saurait être considérée comme perpétuelle en raison de l'âge du promettant, puisque celui-ci étant âgé de 46 ans au moment où il contractait cette obligation, peut être, à juste titre présumé devoir vivre 10 ou 15 ans au moins après l'expiration du délai d'interdiction » !

(2) Note, sous Cass. Civ. 26 mars 1928 précitée.

(3) Voir G. LYON-CAEN, Note sous Cass. Soc. 8 mai 1968, précitée ; voir aussi l'intervention d'un parlementaire, M. Arthur RICHARD, question écrite n° 16973, et la réponse du Ministre, *J. O. Ass. Nat.*, 31 déc. 1965, p. 5 143. Le souci de protéger efficacement le salarié débiteur de non concurrence est à l'origine de nombreuses dispositions législatives. Voir *Code du Travail de la France d'Oùtre-Mer*, art. 37, al. 3 ; art. 74 du *Code de Commerce d'Alsace-Lorraine*. Il n'existe cependant dans notre législation aucun texte de portée générale, alors que la plupart des pays de la C.E.E. possèdent sur ce point une législation particulière : Allemagne, art. 74 *H.G.B.* ; Luxembourg, art. 13, *Statut des employés* ; Italie, art. 2 125, *Code Civil* ; Hollande, art. 1637 *X*, *Code Civil*.

Ces critiques trouvent leur source dans l'application automatique par la jurisprudence du critère général de validité des conventions de non concurrence, aux clauses de non réembauchage souscrites par les salariés. La définition de l'interdiction licite, c'est-à-dire limitée soit dans le temps, soit dans l'espace, appliquée d'une manière abstraite par les Tribunaux, conduit en effet souvent à une suppression totale de la liberté du travail dans la personne du salarié débiteur de non concurrence (1).

Le souci d'assurer une protection réelle de la liberté du salarié se manifeste aujourd'hui, d'une part, dans un mouvement jurisprudentiel important qui tend à soumettre les conventions de non concurrence accessoires à un contrat de travail à des règles différentes de celles du droit commun (A) et, d'autre part, dans les dispositions des conventions collectives de travail qui fixent les conditions de validité des conventions de non concurrence (B).

A) *Le mouvement jurisprudentiel*

22. Le souci de protéger efficacement la liberté du travail dans la personne du salarié débiteur de non concurrence conduit aujourd'hui les Tribunaux à abandonner le critère général et abstrait de validité des conventions de non concurrence, pour apprécier concrètement l'influence de l'interdiction de concurrence sur la liberté du salarié (2). Ainsi, bien que limitée quant au temps ou quant au lieu, l'interdiction de concurrence est jugée illicite si elle a pour conséquence d'interdire à celui qui y est assujéti d'exercer l'activité professionnelle qui lui est propre.

On peut relever dans deux décisions, déjà anciennes, de la Cour de cassation, l'adoption d'un tel critère. Le 17 mai 1911, la Chambre des Requêtes annulait la convention par laquelle un employé de commerce s'était engagé à ne pas entrer dans une autre maison de commerce de l'Indochine française pendant les quatre années qui suivraient sa sortie de la maison de commerce dans laquelle il était employé, au motif « que X qui est commerçant et n'a d'autres moyens d'existence que l'exercice de sa profession, était mis par cette interdiction dans une véritable impossibilité de vivre » (3). La même idée se retrouve dans un arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation le 2 août 1938. « La restriction demeure licite, déclare la Cour, lorsque s'agissant des rapports d'un employé et de son patron elle a été librement consentie en vue de la sauvegarde d'un intérêt légitime, qu'elle ne l'a été que pour un certain temps et ne s'applique

(1) Voir Cass. Civ. 27 octobre 1936, *D. H.* 1936, 571. Une interdiction de concurrence est déclarée licite parce que limitée dans le temps et dans l'espace ; le fait que l'employé « soit incapable de remplir un emploi autre que celui spécifié dans son engagement ne confère pas à l'interdiction un caractère général et illimité ».

(2) Voir : A. BRUN, « L'évolution du régime de la concurrence irrégulière dans les rapports de travail », in *Mélanges Paul Roubier*, T. II, p. 357.

(3) *D.P.* 1913-1, 342.

qu'à certains lieux, laissant à l'employé qui la souscrit la facilité de se créer des moyens réguliers d'existence par l'exercice normal de son activité professionnelle » (1).

Il résulte de cette dernière décision que la limitation quant au temps et quant au lieu ne doit pas être considérée comme une fin en soi, mais seulement comme un moyen permettant au débiteur de non concurrence d'exercer normalement l'activité professionnelle qui lui est propre. Le véritable critère de la validité de l'interdiction réside en définitive dans cette dernière condition.

Cette façon de voir a été consacrée par un arrêt de la Chambre Sociale du 18 octobre 1952 (2). Dans cette décision la Cour de cassation abandonne le critère classique de limitation dans le temps ou dans l'espace pour adopter un critère nouveau. « Pour être valable, déclare la Cour, une clause de non concurrence doit laisser au salarié la possibilité d'exercer normalement l'activité qui lui est propre. »

Depuis, de très nombreuses décisions sont venues confirmer cette position en décidant que doit être déclarée nulle, non seulement l'interdiction illimitée dans le temps et dans l'espace, mais aussi celle « qui porte atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité de l'intéressé » (3).

On doit remarquer avec M. Lyon-Caen que la condition selon laquelle le salarié débiteur de non concurrence doit conserver la possibilité d'exercer normalement son activité professionnelle « devient si essentielle qu'elle relègue dans l'ombre la limitation dans le temps et dans l'espace et que ce n'est que par l'effet de l'habitude prise que cette dernière est rappelée » (4).

La définition de l'interdiction générale et absolue n'est donc plus l'absence de limitation quant au temps et quant au lieu, mais l'impossibilité pour le débiteur de non concurrence d'exercer l'activité professionnelle qui lui est propre. Il convient, dans chaque espèce, de rechercher quel est le retentissement de l'interdiction de concurrence sur la possibilité pour le salarié d'exercer normalement son activité professionnelle (5).

(1) *D.H.* 1938, 513.

(2) *Bull. Civ. IV*, n° 736, p. 528 ; *D.* 1952, 795 ; *G.P.* 1952-II, 403 ; *J.C.P.*, 1953-II, 7519 ; *R.T.D. Civ.* 1953, p. 124, obs. CARBONNIER ; *R.T.D. Co.*, 1953, p. 83, obs. JAUFFRET.

(3) Cette formule se retrouve dans de nombreuses décisions. Voir Cass. Soc. 21 octobre 1960 et 5 novembre 1960, *J.C.P.* 1960-II, 11.886 ; Cass. Soc. 4 janvier 1962, *J.C.P.* 1962-II, 12.522, obs. *R.L.* ; Cass. Soc. 8 mai 1967, *D.* 1967, 690 ; Cass. Soc. 5 janvier 1967, *Bull. Civ. IV*, n° 5, p. 4 ; Cass. Soc. 4 octobre 1967, *Bull. Civ. IV*, n° 604, p. 510 ; Cass. Soc. 6 décembre 1967, *Bull. Civ. IV*, n° 761, p. 646 ; Colmar, 11 juin 1964, *J.C.P.* 1965-II, 14.267 ; *Droit social* 1965, p. 459.

(4) Note sous Cass. Soc. 8 mai 1967, précitée.

(5) Sur la possibilité de contradiction entre cette exigence et la protection des intérêts légitimes de l'employeur, voir : G. LYON-CAEN ; Note sous Cass. Soc. 8 mai 1967, précitée, et R. LINDON, *op. cit.*

B) Les conventions collectives de travail.

23. Depuis la loi du 11 janvier 1950, les conventions collectives de travail contiennent de nombreuses dispositions dont l'objet est de préciser à quelles conditions une convention de non concurrence accessoire à un contrat de travail est valable.

L'esprit de cette réglementation est animé par le souci de concilier les intérêts légitimes des employeurs et la protection des salariés qui ont souscrit une clause de non concurrence. Selon une formule que l'on retrouve dans de très nombreuses conventions « la restriction de l'activité professionnelle d'un collaborateur après la cessation de son emploi ne doit avoir pour but que de sauvegarder les légitimes intérêts professionnels de l'employeur, et ne doit pas avoir pour résultat d'interdire en fait, au collaborateur, l'exercice de son activité professionnelle » (1).

Deux séries de mesures tendent plus particulièrement à la protection du salarié débiteur de non concurrence ; d'une part il est généralement prévu une limitation étroite de la durée de l'interdiction de concurrence, et, d'autre part la prohibition est subordonnée au versement par l'employeur d'une indemnité pécuniaire pendant la durée de l'interdiction.

La durée de l'interdiction de concurrence est généralement limitée par les conventions collectives à une période d'une ou de deux années (2), ce délai étant parfois allongé jusqu'à un maximum de quatre années afin de sauvegarder le secret des méthodes de fabrication (3).

L'innovation la plus importante des conventions collectives consiste surtout à subordonner l'interdiction de concurrence imposée à un salarié au versement d'une indemnité pécuniaire pendant la durée de l'interdiction. Ce « salaire d'inactivité » est généralement calculé par référence au salaire perçu par l'ancien salarié lors de son activité dans l'entreprise (4).

Nombreux sont les auteurs à souhaiter la consécration législative

(1) Article 19, al. 1^{er}, C.C.N. des industries chimiques. Voir *infra*, Annexe II.

(2) 1 an, C.C.N. du personnel au sol des entreprises de transport aérien, art. 19, al. 1 ; 2 ans, C.C.N. des industries chimiques, art. 19, al. 3.

(3) Voir : C.C.N. des industries chimiques, art. 19, al. 5.

(4) Voir C.C.N. des industries chimiques, art. 19, al. 3, qui prévoit qu'une indemnité sera versée mensuellement. Son montant est fixé soit au tiers, soit au deux tiers des appointements mensuels selon l'étendue de l'interdiction quant à l'objet. Si la durée de l'interdiction est supérieure à deux années « Pendant chacune de ces deux années il sera payé 100 p. 100 des appointements de l'intéressé » (al. 5). C.C.N. des industries métallurgiques, mécaniques et connexes de la région parisienne, Annexe - Ingénieurs, et Cadres, art. 27. « L'interdiction n'est valable que si elle a comme contrepartie pendant la durée de non concurrence une indemnité mensuelle spéciale égale aux 5/10 de la moyenne mensuelle du traitement de l'ingénieur ou cadre au cours de ses trois derniers mois de présence dans l'établissement ». L'indemnité est portée aux 6/10 de cette moyenne si le licenciement n'est pas provoqué par une faute grave.

des dispositions retenues par le droit des conventions collectives afin d'assurer une protection plus complète des intérêts des salariés.

24. De nombreuses conventions restrictives de concurrence ont fait l'objet d'études approfondies. Parmi les restrictions contractuelles de la concurrence interdisant des modalités déterminées dans l'exercice d'une activité, les ententes et les contrats d'exclusivité ont donné lieu à de nombreux et récents travaux. L'application des règles du droit de la concurrence ont été à ce sujet longuement étudiées faisant ainsi apparaître une étroite liaison entre l'analyse économique et la règle de droit. De telles études s'inscrivent dans le cadre de cette discipline nouvelle que constitue le droit économique.

Au contraire, les restrictions contractuelles de la concurrence déterminant l'interdiction d'exercer une activité déterminée relèvent essentiellement du droit privé, en ce sens que le droit des biens dans ce qu'il a de plus novateur et le droit des personnes dans ce qu'il a de plus fondamental se rejoignent dans la notion d'obligation de non concurrence.

En effet, d'une part, l'apparition de l'obligation de non concurrence dans notre droit est liée à la prise en considération en tant que bien de cette richesse nouvelle que constitue la clientèle et, d'autre part, l'obligation de non concurrence porte une grave atteinte à ces libertés individuelles fondamentales que sont la liberté du commerce et la liberté du travail.

Cette double constatation nous a déterminé à entreprendre l'étude de l'obligation de non concurrence dans le droit des contrats.

Comme celle de toute obligation, l'étude de l'obligation de non concurrence commande dans une première démarche de rechercher l'explication de l'existence même de l'obligation, c'est-à-dire d'étudier ses sources. Nous consacrerons donc une première partie à l'étude des sources de l'obligation de non concurrence.

Puis, les sources étant connues, nous entreprendrons dans une deuxième partie de rechercher quel est le contenu de l'obligation de non concurrence.

— PREMIÈRE PARTIE. — *Les sources de l'obligation de non concurrence.*

— DEUXIÈME PARTIE. — *Le contenu de l'obligation de non concurrence.*

PREMIÈRE PARTIE

LES SOURCES DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE

25. L'analyse de l'obligation de non concurrence, comme celle de toute obligation, commande dans une première démarche d'effectuer une étude fondamentale : celle des sources de l'obligation, c'est-à-dire de rechercher le principe même de son existence.

Alors que de nombreuses législations étrangères réglementent l'obligation de non concurrence dans le droit des contrats (1) on peut s'étonner à juste titre du silence gardé en cette matière par le législateur français. La raison peut en être trouvée dans l'apparente solidité d'une construction jurisprudentielle dont le souci majeur semble devoir être d'intégrer l'obligation de non concurrence dans les cadres classiques du droit des contrats.

L'analyse du droit positif mettra en lumière la fréquence des difficultés soulevées par l'application des règles de droit commun à cette obligation particulière qu'est l'obligation de non concurrence.

La critique qui en sera faite démontrera les causes profondes de l'inadaptation des solutions retenues par le droit positif à la véritable nature de l'obligation de non concurrence.

— TITRE I. — *Analyse du droit positif.*

— TITRE II. — *Critique du droit positif.*

(1) Pour la législation italienne, voir Annexe I.

TITRE I

ANALYSE DU DROIT POSITIF

26. L'analyse du droit positif permet d'observer la présence d'une obligation de non concurrence dans toute une série de contrats extrêmement nombreux et variés et cela, tant en droit commercial, qu'en droit civil et qu'en droit du travail.

Dans ces contrats, l'obligation de non concurrence apparaît tantôt comme une obligation légale, tantôt comme une obligation volontaire.

Après avoir admis le principe de la validité de l'obligation de non concurrence, la jurisprudence et la doctrine se sont efforcées d'indiquer, dans chaque situation contractuelle, l'intérêt à protéger et par quelle technique cette protection devait être assurée : soit qu'impérativement nécessaire l'obligation de non concurrence s'impose aux contractants comme contenue dans la réglementation légale d'un contrat, soit que l'intérêt à protéger puisse être laissé à l'appréciation des contractants qui, conventionnellement, peuvent stipuler une obligation de non concurrence. Dans le premier cas, l'obligation de non concurrence peut être qualifiée d'obligation contractuelle d'origine légale, c'est-à-dire qu'elle existe de plein droit dans un contrat déterminé (1), dans le deuxième cas, l'obligation de non concurrence est une obligation contractuelle d'origine volontaire, résultant d'un accord de volonté des parties.

(1) Il n'y a pas contradiction à qualifier une obligation contractuelle de « légale ». Le contrat oblige en effet « non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (article 1135 *Code Civil*).

L'obligation de non concurrence apparaîtra parfois comme une obligation légale impérative, non volontaire, mais néanmoins s'insérant dans le contrat. La loi est étrangère à la naissance du rapport contractuel, mais le règlemente après sa naissance.

L'étude du droit positif fait apparaître une coïncidence entre la présence d'une obligation de non concurrence, légale ou volontaire, et l'existence d'une convention concernant un poste professionnel (1).

Mais cette première observation faite, on constate que l'obligation de non concurrence se rencontre, d'une part, dans des contrats concernant la totalité du poste professionnel et de ce fait intéressant directement une clientèle, et d'autre part, dans des contrats concernant un élément du poste professionnel, la clientèle étant, dans ces hypothèses, extérieure au contrat.

Nous serons ainsi amenés à étudier la qualification juridique des sources de l'obligation de non concurrence en droit positif dans ces deux séries d'hypothèses.

- CHAPITRE I. — *L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant la totalité du poste professionnel.*
- CHAPITRE II. — *L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant un élément du poste professionnel.*

(1) Par l'expression « poste professionnel », nous n'entendons pas une catégorie juridique ayant un statut juridique uniforme, nous l'employons pour désigner toute position professionnelle au regard d'une clientèle : fonds de commerce, cabinet des professions libérales, portefeuille d'assurance, etc...

CHAPITRE I

L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE DANS LES CONTRATS CONCERNANT LA TOTALITÉ DU POSTE PROFESSIONNEL

27. Depuis le début de ce siècle, notre Droit, répondant en cela au désir des commerçants, a fait place parmi les choses dans le commerce aux instruments juridiques nécessaires à l'attraction et à la conservation de la clientèle. Plus encore, il reconnaît la qualité de bien à la clientèle dans la notion de fonds de commerce.

En même temps que naissait ce bien nouveau qu'est le fonds de commerce, construction toute centrée autour de la notion de clientèle et qui consiste en réalité « à donner au travail d'une personne, qui en exerçant sa profession s'est constitué une clientèle, le caractère d'un bien transmissible et cessible » (1), un mouvement parallèle prenait naissance tendant à l'appropriation de leur poste professionnel par tous ceux qui tirent profit de l'exercice de leur profession par l'intermédiaire d'une clientèle.

Commencée avec les officiers ministériels et le fonds de commerce, cette évolution toucha bientôt les membres des professions libérales, les agents d'assurances et les représentants de commerce. Seulement, dans certaines de ces hypothèses, l'absence de la reconnaissance par le Droit du poste professionnel en tant que bien et l'impossibilité de rattacher la clientèle à certains éléments corporels ou incorporels susceptibles d'être transmis, firent douter de la possibilité d'étendre en ce domaine les solutions admises pour le fonds de commerce.

En l'absence d'une intervention générale du législateur, la jurisprudence a réagi avec diversité devant les multiples situations qui se présentaient à elle.

Lorsque la clientèle peut être rattachée à un véhicule juridique :

(1) RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, p. 71.

l'office ministériel, le portefeuille d'assurances ou la carte de représentation commerciale, celle-ci est considérée comme susceptible d'être cédée au même titre qu'une clientèle de fonds de commerce.

Au contraire, lorsque la clientèle se présente nue, sans support juridique, comme la plupart des clientèles des professions libérales, notre jurisprudence s'est toujours refusé à consacrer ouvertement la possibilité d'en effectuer la cession, ces clientèles étant réputées incessibles.

Cette distinction entre les clientèles réputées cessibles et celles réputées incessibles détermine une différenciation dans l'analyse de la qualification juridique des sources de l'obligation de non concurrence dans les contrats concernant la totalité du poste professionnel. Aussi commandera-t-elle le plan de ce chapitre.

- SECTION I. — *L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant des clientèles réputées cessibles.*
- SECTION II. — *L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant des clientèles réputées incessibles.*

Section I. — L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant des clientèles réputées cessibles.

28. Notre jurisprudence dans le cadre des contrats concernant des clientèles cessibles a édifié une construction qui pour l'essentiel tend à intégrer l'obligation de non concurrence dans le droit commun de la garantie dans les contrats.

Cette assimilation de l'obligation de non concurrence à l'obligation de garantie s'observe tant dans les contrats concernant une clientèle incorporée dans un fonds de commerce que dans ceux concernant une clientèle non incorporée dans un fonds de commerce.

Sous-section I. — L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant une clientèle incorporée dans un fonds de commerce.

29. L'évolution du droit commercial qui a consisté à consacrer ouvertement l'appropriation de la clientèle dans le fonds de commerce est en grande partie à l'origine de l'apparition de l'obligation de non concurrence dans le droit des contrats. Les principes gouvernant la qualification juridique des sources de l'obligation de non concurrence ont été dégagées par notre jurisprudence à propos de la vente du fonds de commerce (§ I). Leur extension aux autres opérations de mutation de fonds de commerce est souvent malaisée (§ II).

§ I. — LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE (1)

30. La construction du fonds de commerce repose toute entière sur la notion de clientèle (A). Le souci de protéger cet élément essentiel du fonds de commerce est à l'origine de l'apparition de l'obligation de non concurrence dans notre droit, lequel tend aujourd'hui à considérer celle-ci comme une simple application de l'obligation de garantie dans le contrat de vente (B).

A) LA PLACE DE LA CLIENTÈLE DANS LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE.

31. Le fonds de commerce constitue l'une des principales richesses nouvelles qui sont venues grossir le patrimoine depuis le début de ce siècle. Dégagé par la pratique, reconnu par le législateur, le fonds de commerce est devenu aujourd'hui l'élément principal du patrimoine du commerçant. Les juristes ont dû inventer de nouvelles catégories de biens pour qualifier ces richesses dont la configuration originale empêchait d'avoir recours aux classifications traditionnelles. C'est ainsi que le droit du commerçant sur son fonds de commerce est assimilé à une « propriété incorporelle » ou encore à un « droit de clientèle ».

La vision moderne du fonds de commerce qui fait de celui-ci un bien composé d'éléments corporels et d'éléments incorporels au premier rang desquels se trouve la clientèle est relativement récente. Elle traduit une profonde évolution tant économique que juridique. Les étapes de cette évolution méritent d'être rappelées.

L'ancien droit ignorait les biens incorporels qui forment aujourd'hui une des plus importantes catégories de biens. L'expression même de « fonds de commerce » était alors inconnue. Seul, le fonds de boutique était pris en considération, et l'on entendait par là l'ensemble des marchandises et les ustensiles et outils servant au commerce. Peu fréquentes alors, les ventes de tels fonds consistaient en une vente de matériel et de marchandises qu'accompagnait vraisemblablement la cession du droit au bail du local dans lequel était exploité le fonds de boutique. Et si la clientèle existait, elle était inconnue tout au moins en temps que bien, en tant que valeur susceptible d'être transmise en même temps que le fonds. Un tel état de fait peut s'expliquer par la difficulté pour les commerçants de se procurer des marchandises, la recherche et la possession de celles-ci présentant plus d'intérêt que la recherche de débouchés pour l'écoulement des produits. Enfin et surtout, les corporations dominaient l'organisation du commerce, posant des règles strictes d'accès et d'exercice des professions et si la clientèle réalité sociologique et source de profit existait, sa défense

(1) Ce qui sera dit pour le fonds de commerce peut être étendu au fonds artisanal.

appartenait à la corporation et non au commerçant individu (1).

A la fin de l'Ancien Régime la notion de fonds de commerce ne s'était pas encore dégagée dans notre droit. Cette carence expliquera le silence des rédacteurs du Code de commerce.

La Révolution créa les conditions favorables au développement de la notion moderne de fonds de commerce. Abolissant les privilèges et les corps de métiers, proclamant la liberté du commerce et de l'industrie les lois révolutionnaires ont transformé les conditions d'exercice du commerce. Désormais toute personne peut exercer tel commerce qui lui plaît. De cette liberté naquit la spéculation. Les commerçants faisant de bonnes affaires, ayant de nombreuses « pratiques » se virent proposer une somme supérieure à la valeur des marchandises et du matériel qui constituaient leur fonds de boutique. L'idée de tirer profit de cet état de fait se généralisa rapidement (2).

Peu à peu la notion de fonds de boutique va disparaître pour être remplacée par celle de fonds de commerce (3). Entrevu par certains juristes dès le début du XIX^e siècle (4) ce concept nouveau est entendu comme représentant l'ensemble des valeurs se rattachant à l'exercice du commerce. Il a fallu cependant une longue évolution jurisprudentielle pour fixer le statut de ce nouveau bien. Plus particulièrement la notion d'achalandage et de clientèle fut l'élément central de cette construction qui érigée sur les ruines du fonds de boutique, ensemble de choses matérielles, devait aboutir à la conception essentiellement abstraite du fonds de commerce contemporain.

Si la clientèle commerciale, c'est-à-dire l'ensemble des personnes qui sont en relation d'affaires avec un fonds de commerce, est primitivement considérée comme intransmissible parce que constituant « le fruit de l'habileté, de la probité, du travail et de la réputation du commerçant » (5), une opinion contraire tend bientôt à prédominer dans une jurisprudence qui reconnaît la clientèle et l'achalandage comme nécessairement compris dans la vente du fonds de commerce (6) et même comme en constituant l'élément essentiel (7).

(1) Voir HARTMAN. *Introduction au Traité théorique et pratique du fonds de commerce* de LEBRE, pages 52-53.

(2) Rouen, 9 juin 1828, S. 1830-2, 96 : « Attendu que le bail et l'achalandage de la boutique ont du, suivant l'usage, faire partie de la vente et entrer en grande considération pour la fixation du pot de vin... ».

(3) Pour les dernières applications de la notion de fonds de boutique. Voir en particulier Rouen, 5 juillet 1824, S. 1825-2, 132.

(4) Conclusions du Commissaire du Gouvernement TRY. Sous Paris, 29 thermidor an IX, S. chron. 1791-1804-2, 36 : « La vente du fonds de commerce comprend l'aliénation de la propriété physique, qui sont les instruments d'exploitation et celle de la propriété morale qui sont l'achalandage et la possession de la confiance publique... ».

(5) CENDRIER, *Fonds de commerce*, n° 88.

(6) Paris, 12 novembre 1824, S. 1826-2, 65 ; Paris, 18 août, S. 1834-2, 65.

(7) Cass. Civ. 23 mars 1836, S. 1836-1, 161 : « Attendu que l'expression « fonds de boutique » ne signifiait que meubles neufs et étoffes, et non la clientèle, l'achalandage, les relations commerciales attachées à un établissement, en un mot la chose immatérielle qu'on peut entendre et désigner par les mots fonds de commerce ».

Les transformations économiques, l'accroissement de la production et de la consommation multipliaient bientôt le nombre de fonds de commerce. Ceux-ci deviennent un élément important des fortunes. Aussi ne faut-il pas s'étonner que ce soient les lois fiscales qui soient intervenues les premières, en cette matière. La loi du 18 février 1872 considérant l'existence en fait, si ce n'est en droit du fonds de commerce et constatant les nombreuses mutations de fonds, assujettit ces mutations à un droit proportionnel spécial perçu sur le prix global de l'ensemble des éléments autres que les marchandises neuves (1).

Le besoin de crédit des commerçants, les difficultés pratiques soulevées par le nantissement du fonds de commerce devaient amener le législateur à aborder, pour la première fois, dans la loi du 1^{er} mars 1898, le régime juridique du fonds de commerce. Les imperfections de cette loi, les difficultés soulevées par les ventes des fonds de commerce toujours ignorées du législateur, déterminèrent le vote de la loi du 17 mars 1909. Si cette loi concerne seulement la vente et le nantissement du fonds de commerce, elle résout cependant nombre de questions controversées jusque-là. Elle reste aujourd'hui la charte du fonds de commerce (2).

32. La loi de 1909 ne donne aucune définition du fonds de commerce mais elle énumère à l'occasion de la réglementation de la vente et du nantissement du fonds, les éléments dont celui-ci peut être composé. Certains de ces éléments sont de nature incorporelle, des droits qui s'exercent sur des objets incorporels : droit au bail, droit de clientèle, droit de propriété industrielle, d'autres sont des éléments corporels, ainsi le matériel et l'outillage du fonds. Le fonds de commerce apparaît comme un ensemble d'éléments divers utilisés pour l'exercice d'une activité commerciale.

Par ce texte, le législateur consacre l'inclusion de la clientèle dans le fonds de commerce, inclusion depuis longtemps réalisée par la pratique et admise par la jurisprudence. Mais la loi ne dit pas à propos de la clientèle et de l'achalandage (3) si ces éléments doivent obligatoirement faire partie du fonds de commerce. De même, la loi ne fait pas de différence entre les éléments incorporels et les autres, elle ne leur assigne pas un rôle prépondérant. C'est la jurisprudence et la doctrine qui dans une ultime évolution vont tendre à faire de la clientèle l'élément essentiel sinon unique du fonds de commerce. Malgré les hésitations de quelques auteurs (4), la doctrine tend à spiritualiser la notion du fonds de commerce en faisant de la clientèle l'élément

(1) Le taux de ce droit proportionnel était de 2,50 %.

(2) De nombreuses dispositions législatives sont venues compléter la loi du 17 mars 1909. Notamment la loi du 29 juin 1938 dont le but est de moraliser les ventes de fonds de commerce et le décret du 22 septembre 1953, puis la loi du 20 mars 1956 qui réglementant la location gérance du fonds de commerce.

(3) Art. 1^{er} et 9 de la loi du 17 mars 1909.

(4) J. ESCARRA, *Principes de droit commercial*, n° 434 et s.

principal de cet ensemble (1). Le doyen Ripert a même présenté le fonds de commerce comme étant en réalité un droit de clientèle (2). Ainsi tous les auteurs voient-ils dans la clientèle « l'âme » du fonds de commerce, son « élément moteur, sa cellule vivante » et on a pu écrire : « Sans clientèle pas de fonds de commerce » (3).

Dans son ensemble la jurisprudence a adopté le même point de vue. Un arrêt de la Cour de Riom du 27 juin 1928 affirme « que le seul « élément » qui paraisse essentiel est celui que l'on appelle suivant l'angle sous lequel on l'envisage, la clientèle ou l'achalandage parce que sans lui il n'y a pas de fonds mais seulement des éléments isolés n'ayant entre eux aucun lien » (4). La Chambre des Requêtes de la Cour de cassation confirme cette position le 15 février 1937 (5), en déclarant que la clientèle est « l'élément sans lequel le fonds de commerce ne saurait exister ». De nombreuses décisions (6) sont venues depuis rappeler ce que l'on peut aujourd'hui qualifier de principe, déduisant de celui-ci d'évidentes conséquences (7).

La Commission de réforme du Code de commerce consacre, s'embles-t-il, cette évolution dans le second avant-projet de loi relatif au fonds de commerce en déclarant dans l'article 1^{er} « Le fonds de commerce est constitué par les biens mobiliers affectés à l'exercice d'une activité commerciale. Le fonds de commerce comprend obligatoirement une clientèle » (8).

Au terme de cette évolution la nature juridique du fonds de commerce demeure cependant discutée (9). Le fonds de commerce ne

(1) A. COHEN, *Traité théorique et pratique du fonds de commerce*, T. I. n° 37. HAMEL-LAGARDE et JAUFFRET, *Traité de Droit Commercial*, T. I., n° 946 ; L. MAZEAUD, *Cours de Droit Commercial*, 1957-58, p. 317, note D 1929-2-33 ; M. NAST, note D, 1940-2, 1 ; COMBEAUX, *La nature juridique du fonds de commerce*, Thèse, Caen 1901.

(2) RIPERT-DURAND et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, T. I., n° 453.

(3) RIPERT-DURAND et ROBLOT, *op. cit.*, n° 450.

(4) RIOM, 27 juin, *D.P.* 1929-2, 53, note M.J. MAZEAUD. Dans le même sens, Tribunal Civil Pau, 21 avril 1932, *D.H.* 1932, p. 327.

(5) *D.* 1938-1, 13, note CORDONNIER ; *S.* 1937-1, 169, note ROUSSEAU.

(6) Cass. Com. 29 mai 1953, *Bull. Civ.* III, n° 190, p. 133 : « Attendu que la clientèle représente l'élément le plus important du fonds de commerce qui ne peut exister sans elle ». De même, voir Bordeaux, 18 octobre 1948, *J.C.P.* 1949 ; 4706, note J. HEMARD ; Tribunal civil Lille, 14 décembre 1949, *J.C.P.* 1950, 5337, note J. HEMARD.

(7) Il n'y a pas de vente ou d'apport en société d'un fonds de commerce si la clientèle de ce fonds n'est pas cédée. (Cass. Com. 29 mai 1953, *D.* 1959, 529 ; Cass. Com. 10 juillet 1953, *G.P.* 1953-2, 292) ; jugé de même qu'il n'y a pas de location de fonds de commerce sans location de la clientèle (Douai, 28 mai 1954, *G.P.* 1954-II, 169). Mais que par contre la clientèle d'un fonds de commerce peut faire l'objet d'une location indépendamment des autres éléments du fonds (Cass. Com. 11 décembre 1963, *Bull. Civ.* III, n° 538, p. 450).

(8) *Travaux de la Commission de Réforme du Code de Commerce et du droit des sociétés*, T. III.

(9) Cf. Article 1^{er} de l'avant-projet qui ne donne aucune définition du fonds de commerce.

constitue pas une universalité de droit (1). Mais il apparaît, qu'on le qualifie ou non d'universalité de fait comme la doctrine ou d'universalité juridique comme la jurisprudence (2), « comme un ensemble distinct des éléments qui le composent » (3). C'est cet ensemble analysé comme un meuble incorporel (4) qui fait l'objet du droit du commerçant. Bien que ne portant pas sur une chose corporelle ce droit peut faire l'objet d'une vente. On parle alors de « cession » pour désigner par là les contrats qui ne transmettent pas un droit de propriété. Mais, en réalité, ces contrats sont des ventes et dans l'analyse que nous venons de présenter, la clientèle, élément prépondérant du fonds de commerce, sera elle-même cédée en même temps que les autres éléments du fonds de commerce. La nature spéciale de cet élément, son importance, mais aussi sa fragilité, ont fait que, dès l'apparition de la notion de fonds de commerce, les particuliers puis la jurisprudence ont été soucieux d'établir une protection efficace de la clientèle lors de la cession du fonds de commerce.

B) LA PROTECTION DE LA CLIENTÈLE DANS LA CESSION DU FONDS DE COMMERCE.

33. Sans vouloir analyser à cette place le contenu de la notion de clientèle, il est cependant nécessaire d'observer que le principe de la liberté de la concurrence, le fait que la recherche de la clientèle soit libre, font de cet élément du fonds de commerce une valeur extrêmement fragile et fluctuante. Cet ensemble de personnes que constitue la clientèle, et nous ne distinguons pas selon que cette clientèle est stable ou se renouvelle, est amené à contracter avec un commerçant déterminé pour des motifs multiples : la qualité des produits, leur présentation, la localisation du fonds, la personnalité de l'exploitant, ou encore une situation de monopole sur le marché, sont autant de causes susceptibles d'attirer ou de retenir les clients.

Plus particulièrement, la personnalité du commerçant se traduisant par l'établissement de relations humaines directes ou par une compétence technique, professionnelle, dans la composition, l'originalité et la qualité de l'exploitation elle-même, représente un facteur important de la formation et du maintien de la clientèle. Nous n'entendons pas démontrer la possibilité de mesurer avec précision l'influence de la personnalité du commerçant sur le double plan humain et technique au regard de cet ensemble de personnes que représente la clientèle. Il serait vain, en effet, de vouloir qualifier de cause ce qui n'est parfois qu'une conséquence, les relations humaines pouvant naître pour des motifs multiples, la fréquentation assidue du fonds de commerce étant au premier rang de ceux-ci. Souvent, le couple exploitation-

(1) Cf. PAPP, Thèse précitée.

(2) Cass. Civ. 26 janvier 1914, S. 1920-1, 27 ; Cass. Civ. 31 octobre 1906, D.P. 1906-1, 528 ; Req. 13 mars 1888, S. 1888-1, 302 ; D. 1888-1, 351.

(3) MARTY* et RAYNAUD, *Droit Civil*, T. II, 2^e volume, n° 431.

(4) Req. 15 mars 1888, précité.

exploitant ne peut être dissocié dans la recherche des causes qui ont déterminé un individu à contracter avec un commerçant. Il est cependant certain, que tant par les relations humaines qu'il peut nouer avec les clients, que par la compétence professionnelle qu'il développe dans l'organisation de son exploitation, le commerçant s'attache directement ou indirectement une fraction plus ou moins importante de la clientèle.

34. Ces relations humaines, cette compétence, la connaissance des besoins du marché qui s'ouvre à l'exploitation, feront du vendeur de fonds de commerce un concurrent redoutable pour l'acquéreur d'un tel fonds. Le danger n'existera pas si le vendeur cesse toute activité, se « retire des affaires » ou entreprend l'exploitation d'une entreprise n'ayant aucun rapport avec l'objet du fonds vendu. Mais l'expérience démontre que dans la majorité des hypothèses la vente du fonds ne marque pas l'achèvement de l'activité du cédant, elle constitue au contraire une étape dans le déroulement de cette activité. Le vendeur du fonds de commerce entend continuer l'exercice du commerce et ce dans le domaine où il a acquis une expérience professionnelle, c'est-à-dire exploiter un fonds de même nature ou de nature voisine de celle du fonds qu'il vend.

Or, il est évident que l'acquéreur d'un fonds de commerce veut par cette opération acquérir avant tout une clientèle, acquérir « la possibilité de passer des contrats futurs » (1). Il manifeste cet espoir en payant lors de l'acquisition du fonds une somme supérieure à la valeur intrinsèque des éléments du fonds, en payant un prix pour la clientèle. Ce qu'il veut acquérir c'est un poste professionnel ayant déjà démontré son aptitude à attirer et à retenir une certaine quantité de clientèle, voyant dans cette réussite passée et actuelle le signe de son succès futur ou, plus concrètement, espérant réaliser une certaine somme de chiffre d'affaires, donc de bénéfice, en regard des bénéfices antérieurs réalisés par le fonds dont il se porte acquéreur.

Tout acquéreur de fonds de commerce est par hypothèse optimiste, confiant dans l'avenir, considérant comme stable ce qui est par essence en état de fluctuation perpétuelle, mieux, l'acquéreur compte multiplier les bénéfices du fonds, c'est-à-dire attirer et retenir encore un plus grand nombre de clients ; ses espoirs sont légitimes.

De même est légitime le droit pour le vendeur du fonds de commerce à la liberté du commerce et de l'industrie, c'est-à-dire le droit d'exploiter librement un fonds de commerce, le droit d'exercer son activité dans le domaine où celle-ci s'est développée jusqu'ici.

Cependant, l'exercice de cette activité par le cédant dans le rayon d'action du fonds qu'il vient de céder, l'exercice d'un commerce similaire s'adressant à la même clientèle, rendra la position de l'acquéreur difficile et sera certainement pour lui la cause d'une perte substantielle de clientèle et ceci, avons-nous dit, parce qu'il est indéniable

(1) RIPERT, *Encyclopédie Dalloz*. Voir « Clientèle ».

que la personnalité de l'exploitant d'un fonds intervient nécessairement, directement ou à travers l'organisation du fonds, dans la formation et la conservation de la clientèle.

On voit apparaître ici la contradiction existant entre le principe de la liberté de concurrence et la prise en considération de la clientèle en tant que bien. La concurrence, condition nécessaire au développement de ce bien nouveau que représente la clientèle, est en même temps une des causes principales de sa fragilité. Certes, la recherche de la clientèle ne doit pas être réalisée par des moyens fautifs et si la concurrence est libre elle ne doit pas être déloyale. Comme tout autre concurrent, plus peut-être, le vendeur d'un fonds de commerce ne pourra détourner la clientèle de son ancien fonds par des moyens déloyaux. Mais cette protection générale qui garantit la loyauté dans la lutte concurrentielle est apparue insuffisante aux acquéreurs d'un fonds de commerce pour protéger la clientèle contre l'activité que pourrait développer le vendeur du fonds, concurrent privilégié.

35. L'élaboration d'un système de protection de la clientèle dans la cession du fonds de commerce est due en son entier à l'œuvre de la jurisprudence qui, au contact des nécessités pratiques, a peu à peu mis sur pied un système efficace, à tel titre que le législateur n'est jamais intervenu dans ce domaine.

La tâche était cependant difficile et ce à un double titre. D'une part, la consistance de la clientèle fit douter du bien-fondé de l'application à son égard du droit commun de la garantie dans la vente. D'autre part, une fois admises les conséquences de cette garantie sur la liberté d'activité du vendeur du fonds, fallait-il encore trouver les limites au-delà desquelles cette liberté devait être sauvegardée. Le résultat de l'évolution jurisprudentielle est un compromis. Les tribunaux n'ont ni voulu sacrifier le principe de la garantie dans les contrats, solution trop injuste pour l'acquéreur de fonds de commerce, ni porter une atteinte immodérée à la liberté du commerce dans la personne du vendeur du fonds, solution qui heurterait l'ordre public. L'étude des étapes de la construction jurisprudentielle nous permettra de mesurer le souci des tribunaux de concilier ces deux intérêts.

a) *L'admission du principe d'une obligation de non concurrence contenue dans l'obligation de garantie du vendeur de fonds de commerce.*

36. Dès l'apparition de la notion de fonds de commerce au début du XIX^e siècle, la pratique prit conscience du danger que représentait pour l'acquéreur d'un fonds de commerce la concurrence du vendeur, particulièrement lorsque celui-ci se rétablissait dans un commerce similaire proche de son ancien fonds. L'acquéreur pour se protéger de cette concurrence redoutable exigea du vendeur un engagement de non concurrence et plus particulièrement de non rétablissement. Ces clauses de non concurrence ou de non rétablissement furent validées par la jurisprudence qui, malgré quelques hésitations, s'est

toujours refusé dans son ensemble d'appliquer à la lettre le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Tout en posant le principe de l'impossibilité d'aliéner d'une manière absolue le droit à la liberté du commerce les tribunaux admirent que la volonté pouvait apporter des restrictions à cette liberté. Les clauses par lesquelles le vendeur du fonds s'engageait à ne pas concurrencer son acquéreur étaient valables dans la mesure où elles n'entraînaient pas directement ou indirectement une interdiction générale et absolue de l'exercice de l'activité du vendeur du fonds de commerce (1).

Cependant, en dehors d'une manifestation de volonté du vendeur, dans l'hypothèse où l'acte de vente du fonds de commerce ne contenait pas une clause restreignant la liberté de concurrence du vendeur, la jurisprudence refusait de considérer cette restriction de la liberté du cédant du fonds comme étant de la nature de la convention de vente du fonds de commerce. L'obligation de non concurrence n'entrait pas dans l'économie légale du contrat. C'est ainsi que la Cour de cassation par un arrêt du 2 mai 1860 (2) casse un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait fait défense au vendeur d'un fonds de commerce de continuer son exploitation « non pas, en fait, par la constatation d'une convention exprimée au contrat ou d'une commune intention résultant de ses termes, mais, en droit, et comme une conséquence nécessaire de la convention ».

Dans cette conception l'obligation pour le vendeur de ne pas rechercher la clientèle du fonds cédé, l'obligation de ne pas faire concurrence à son successeur ne pouvait résulter que d'une convention spéciale incluse dans l'acte de cession. Cette obligation trouvait sa source dans un engagement personnel contracté par le vendeur du fonds de commerce envers son successeur.

Parfois, les Tribunaux considérèrent que cette obligation de non concurrence résultait d'une idée d'équité et admirent que cette convention n'avait pas besoin d'être exprimée par application de l'article 1135 Code civil ; cette convention devait être sous-entendue comme toute convention d'équité. Le fondement restait cependant identique. Seule la volonté expresse ou tacite pouvait limiter la concurrence du vendeur au regard du fonds cédé.

37. Cette position jurisprudentielle devait bientôt être abandonnée au profit d'une tendance opposée qui s'était développée parallèlement au sein de nos juridictions. Celle-ci assignait à l'obligation de non

(1) Req. 21 février 1862, *D.P.* 1862-1, 185 ; Req. 28 février 1865, *D.P.* 1865-1, 425 ; Cass. Civ. 25 mai 1868, *D.P.* 1869-1, 277 : « Attendu que si le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que les contractants s'imposent certaines restrictions dans l'exercice de cette liberté, de telles conventions ne sont licites qu'autant qu'elles n'entraînent pas pour l'une des parties l'interdiction de son industrie d'une manière générale et absolue ». La convention est valable « pourvu qu'elle n'implique pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitée tout à la fois quant au temps et quant aux lieux ».

(2) Cass. Civ. 2 mai 1860, *D.P.* 1860-1, 218.

concurrence du vendeur de fonds de commerce non plus un fondement volontaire, résultant d'une convention expresse ou tacite, mais un fondement légal : l'obligation pour le vendeur de garantir son acquéreur telle qu'elle est prévue par les articles 1625 et suivant du Code civil. La généralisation de la prise en considération de la clientèle comme élément du fonds de commerce et son importance grandissante, le préjudice résultant pour l'acquéreur de la liberté de concurrence reconnue au vendeur en l'absence d'une clause ou en cas de nullité de celle-ci, sont, sans aucun doute, à la base de cette évolution.

La Cour de Riom dans un arrêt du 20 mars 1876 (1) juge que « le vendeur s'interdit virtuellement en l'absence d'une stipulation expresse à ce sujet, de rien faire qui porte atteinte aux effets de la vente en diminuant la valeur de la chose vendue, que c'est là une conséquence directe de la garantie imposée au vendeur par la morale et la loi, qu'aux termes de l'article 1625 du Code civil cette garantie comprend la possession paisible de la chose vendue, qu'évidemment il y aurait trouble à cette possession par l'équivalent d'une éviction si le vendeur reprenait soit directement soit indirectement ce qu'il a cédé en détournant au profit d'un établissement du même ordre la clientèle transmise à l'acquéreur ».

Après quelques hésitations entre les deux systèmes (2), la Cour de cassation consacre cette dernière thèse en affirmant que « l'obligation de garantie comporte pour le vendeur d'un fonds de commerce l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à détourner la clientèle du fonds cédé » (3).

Appliquant en notre matière le droit commun de la vente, ces décisions trouvent dans la garantie prévue par les articles 1625 et suivants du Code civil le principe de l'obligation pour le vendeur d'un fonds de commerce de ne pas concurrencer son successeur, particulièrement en se rétablissant dans un commerce similaire. Le vendeur doit garantie du trouble de fait qui résulterait de son activité concurrentielle.

b) *Analyse de l'obligation de non concurrence du vendeur de fonds de commerce en droit positif.*

38. Au terme de l'évolution jurisprudentielle approuvée aujourd'hui par la majorité de la doctrine (4), la protection de l'élément clientèle dans la vente du fonds de commerce apparaît comme une transpo-

(1) Riom, 20 mars 1876, S. 1877-2, 50. Dans le même sens, Amiens, 30 avril 1875, S. 1875-2, 213.

(2) Cass. Civ., 9 février 1898, S. 1898-1, 121 : « Le vendeur doit s'abstenir de faire concurrence soit en vertu de son traité de cession soit en vertu de la garantie due à l'acheteur ».

(3) Cass. Civ., 11 mai 1898, S. 1898-1, 265.

(4) HAMEL-LAGARDE et JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, T. II, n° 1008 ; MAZEAUD, *Cours de droit commercial*, 1957-58, p. 398 ; MICHEL, *L'interdiction de se rétablir dans la vente d'un fonds de commerce*, Thèse, Paris 1929, p. 12 et s. ;

sition des règles du droit commun à la vente de ce bien de nature spéciale qu'est le fonds de commerce. Elle n'est que l'application des règles de la vente aux ventes de choses incorporelles, aux cessions, application dont le bien-fondé n'est plus discuté. Cependant l'insertion de la garantie due en matière de cession de fonds de commerce dans le cadre de la garantie de droit commun en matière de vente appelle quelques observations.

Comme tout vendeur, le vendeur de fonds de commerce doit garantir selon l'article 1625 Code civil « la possession paisible de la chose vendue, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires ». Le cédant d'un fonds de commerce est tenu, selon le droit commun, d'assurer la garantie de son fait personnel, de l'éviction et des vices cachés (1). Plus particulièrement, dans notre hypothèse, l'obligation de non concurrence du vendeur du fonds est considérée, soit, parfois, comme résultant de la garantie d'éviction, soit, le plus souvent, comme découlant de la garantie du fait personnel due par le vendeur. Ce double rattachement s'explique par la difficulté de dissocier ces deux formes de garantie. On a pu se demander si la garantie d'éviction pouvait être comprise comme ne visant que les agissements d'un tiers ou si elle s'étendait aux troubles provenant du fait personnel du garant. C'est-à-dire si à côté de la garantie d'éviction existait une garantie du fait personnel (2).

Dans son ensemble la doctrine et la jurisprudence ne différencient pas fondamentalement dans leur résultat ces deux formes de garantie (3). Toutefois la distinction s'impose sur deux points particuliers.

Tout d'abord, le vendeur est responsable de son fait personnel même lorsque celui-ci ne constitue pas un trouble de droit, alors qu'il doit garantir du seul trouble de droit provenant d'un tiers (4). Or, le trouble résultant pour l'acquéreur d'un fonds de commerce d'actes de concurrence de son auteur s'analyse en un trouble de fait et non en un trouble de droit.

Ensuite, l'article 1628 Code civil dispose : « Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie il demeure cependant tenu de celle qui résulte de son fait personnel ; toute convention contraire est nulle », prohibant les clauses de non garantie en matière de garantie du fait personnel. La jurisprudence pour annuler la clause

RIPERT-DURAND et ROBLLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, T. I, n° 530 ; SCHRAMECK, *De la clause de non rétablissement dans les ventes de fonds de commerce*, Paris, 1941, p. 5 et s. Pour une opinion plus nuancée voir COHEN, *Traité théorique et pratique du fonds de commerce*, n° 355.

(1) La loi du 29 juin 1953 venant compléter la loi du 17 mars 1909 y a ajouté la garantie des déclarations faites au contrat.

(2) Sur cette question, voir B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Thèse, Paris 1963, n° 6 et s., et les références citées par l'auteur.

(3) Voir notamment Cass. Civ., 29 novembre 1955, *J.C.P.* 1956-II, 9216, observations J. BECQUE.

(4) BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e édition, T. XI, n° 189 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité Pratique de droit civil français* T. X. par HAMEL, n° 89.

de non garantie insérée par le vendeur d'un fonds dans l'acte de vente qualifie l'obligation de non concurrence du vendeur, d'obligation de garantie du fait personnel (1).

Ainsi, doctrine et jurisprudence qualifient, dans leur ensemble, l'obligation de non concurrence du vendeur de fonds de commerce, d'obligation de garantie du fait personnel (2). La violation de l'obligation de non concurrence étant analysée comme un trouble de fait et les clauses de non garantie, annulées comme contraires à l'article 1628 Code Civil.

39. En l'absence d'une intervention du législateur (3), la jurisprudence a construit, dans le cadre classique de la garantie en matière de vente, un système de protection de la clientèle dans la vente du fonds de commerce. Réalisant une conciliation entre les intérêts pécuniaires de l'acquéreur et la protection de la liberté commerciale dans la personne du vendeur, ce système, s'il représente une transposition des règles légales de la garantie accuse néanmoins une physiologie originale commandée par la nature même de l'objet de la protection : la clientèle. Étant une richesse composée en partie d'intuitus personnae, la clientèle exige pour sa protection, lors de son transfert, une restriction de la liberté commerciale du cédant. C'est ainsi que l'obligation de garantie du fait personnel du cédant s'analyse en une

(1) Rabat, 5 décembre 1951, *Juris Classeur Commercial*, « Fonds de Commerce », Fasc. X, n° 172, « L'interdiction faite au vendeur d'un fonds de commerce de se rétablir dérive non pas de son obligation de garantie contre l'éviction mais de son obligation de garantie de son fait personnel. Et une clause de non garantie si étendue qu'elle soit ne dispense pas le vendeur de son devoir de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé ».

Cette position doit cependant être nuancée particulièrement lorsque la cause de l'éviction provenant du fait personnel du vendeur est antérieure à la vente et connue de l'acquéreur qui accepte la clause de non garantie.

La clause de non garantie est alors validée dans la mesure où elle est spéciale et non générale.

Voir Cass. Civ., 17 juillet 1962, *D.* 1962, 534 ; Cass. Com., 2 décembre 1965, *G.P.* 22 mars 1965 ; Observations de M. JAUFFRET, *R.T.D. Co.* 1966, p. 309, n° 11.

(2) MICHEL, *L'interdiction de se rétablir dans la vente d'un fonds de commerce*, Thèse, Paris 1924, p. 12 et s.

(3) La loi du 17 mars 1909 réglementant la vente du fonds de commerce est muette sur ce point. La Sous-Commission de réforme du Code de Commerce a, dans sa séance du 17 décembre 1948, adopté un texte aux termes duquel « le vendeur d'un fonds de commerce s'oblige à ne pas exercer de commerce similaire soit pendant une période déterminée soit dans une zone fixée. Le bénéfice de cette obligation se transmet s'il y a lieu au sous acquéreur du fonds. A défaut de fixation expresse des limitations de la faculté de se rétablir, les parties seront censées s'être référées aux usages de la profession ». Mais ce texte n'a pas été retenu par la Commission, le premier et le deuxième avant projet de loi relatifs au fonds de commerce ne contiennent aucun texte réglementant la garantie due par le vendeur d'un fonds de commerce si ce n'est l'article 19 du deuxième avant projet de loi qui stipule que « le vendeur est, nonobstant toute stipulation contraire, tenu de la garantie dans les conditions édictées par les articles 1644 et 1645 du Code Civil à raison de l'inexactitude de ses énonciations ».

obligation de non concurrence vis-à-vis de la clientèle de son ancien fonds. Cette obligation est une obligation légale, une garantie de droit.

L'absence de texte, la généralité de la garantie légale sont autant de sources d'incertitude quant à la durée et à l'étendue de cette obligation. Cette imprécision a déterminé les parties à insérer dans le contrat de vente une clause dite de non concurrence ou de non rétablissement (1). Autrefois, nécessaire à l'existence même de l'obligation de non concurrence, celle-ci ne pouvant alors résulter que d'une manifestation de volonté de la part du vendeur, la clause, valable si elle est limitée dans le temps et dans l'espace, apparaît aujourd'hui comme un moyen d'aménager l'obligation légale dans son contenu ou dans ses modalités d'application. Les parties peuvent par cette convention aux termes mêmes de l'article 1627 du Code civil « ajouter à cette obligation de droit ». A côté de la garantie de droit existe la possibilité d'une garantie de fait. Ce n'est, là encore, que l'application du droit commun (2).

§ II. — LES AUTRES OPÉRATIONS RELATIVES AU FONDS DE COMMERCE

40. En même temps qu'elle dégageait le principe de l'obligation de non concurrence en matière de vente de fonds de commerce la jurisprudence transposait, avec plus ou moins de difficultés, les solutions admises dans la vente à d'autres contrats notamment à l'échange, au partage, à l'apport en société d'un fonds de commerce (A) à l'hypothèse de cession de parts sociales lorsque le fonds de commerce est exploité sous forme sociale (B) ainsi qu'au contrat de location-gérance de fonds de commerce (C).

(1) Cette qualification devrait varier selon le contenu de la clause. Soit que celle-ci ne prévoit que le rétablissement stricto sensu, soit qu'au contraire elle interdise au vendeur de créer, gérer ou exploiter ou autrement s'intéresser directement ou indirectement à un fonds de commerce de même nature. En pratique ces qualifications sont employées indistinctement par les auteurs.

(2) Il est intéressant d'observer dans les législations voisines de la nôtre, la présence de solutions identiques dans leur principe à celles dégagées par notre jurisprudence. C'est ainsi que le législateur Italien en réglementant le fonds de commerce édicte dans l'article 2557 du Code Civil une interdiction de concurrence à la charge du cédant du fonds de commerce en précisant que « l'aliénateur du fonds de commerce doit s'abstenir pendant une période de 5 ans à partir du transfert à entreprendre une nouvelle entreprise qui par son objet, sa situation ou d'autres circonstances serait de nature à détourner la clientèle du fonds de commerce cédé ». Cette obligation légale de non concurrence peut être complétée par « une convention par laquelle l'on s'abstient de concurrencer dans des limites plus étendues que celles prévues par l'alinéa précédent pour autant qu'elle n'empêche pas toute activité professionnelle du vendeur. Elle ne peut excéder la durée de 5 ans à compter du transfert ». (art. 2557 al. 2).

A) ÉCHANGE, APPORT EN SOCIÉTÉ, PARTAGE.

41. A propos de l'échange il est unanimement admis que celui-ci obéit aux règles de la vente en ce qui concerne les règles de la garantie (1). L'article 1707 du Code civil renvoie en effet aux règles de la vente pour toutes les questions que le titre de l'échange ne traite pas. Or celui-ci est muet sur la garantie due par les co-échangistes. L'échange de fonds de commerce fera donc naître sur la tête de chaque contractant une obligation de non concurrence, obligation semblable à celle du vendeur de fonds de commerce. Cette solution s'impose. L'échange, en effet, réalise un transfert réciproque de choses, une « double vente » et les raisons qui justifient l'obligation de non concurrence du vendeur de fonds de commerce se retrouvent sur la tête de chaque co-échangiste, chacun d'eux pouvant être un concurrent redoutable pour l'autre.

42. L'apport en société d'un fonds de commerce reçoit, de même, une solution identique. En dehors de l'hypothèse où l'apport est effectué contre un prix ce qui constitue une vente pure et simple, apport rémunéré entièrement ou partiellement par des droits sociaux est régi par les règles de la vente. L'apporteur sera tenu d'une obligation de non concurrence envers la société à laquelle l'apport est effectué. Ici encore, la loi elle-même dicte la solution. L'article 1845 du Code civil prévoit que « chaque associé est débiteur envers la Société de tout ce qu'il a apporté ». Faisant apport d'un fonds de commerce, donc d'une clientèle, il ne peut détourner celle-ci en faisant concurrence à la société. Et cette garantie est due dans les mêmes termes que dans la vente du fonds de commerce « l'associé est garant envers la société de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur » (2).

L'apporteur d'un fonds de commerce, même à défaut de stipulation expresse sur ce point doit s'abstenir de toute concurrence susceptible de détourner la clientèle du fonds apporté (3). Particulièrement il ne pourra se rétablir dans un commerce similaire concurrençant la société à laquelle il a apporté le fonds de commerce (4).

43. Le partage du fonds de commerce donne la même certitude. Les articles 884 à 886 du Code civil réglementent la garantie d'éviction

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, T. X par HAMEL-GIVORD et TUNC, n° 395 ; GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans ledroit des contrats*, Thèse, Paris 1963, n° 15.

Pour une application jurisprudentielle, voir Req. 15 mars 1852, S. 1852-1, 324.

(2) Article 1845, alinéa 2, *Code Civil*.

(3) CENDRIER, *Le Fonds de commerce*, 6^e éd., n° 344 ; LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD, *Traité de Droit Commercial*, T. II, n° 249 ; COHEN, *Traité théorique et pratique du fonds de commerce*, 2^e éd., n° 841.

(4) Req. 2-mai 1899, S. 1901-1, 133 ; Paris 25 décembre 1889, D.P. 1820-1, 318.

dans le partage. Chaque copartageant d'un fonds de commerce ne peut diminuer la valeur du fonds, notamment en faisant concurrence à l'attributaire du fonds. Ici aussi, les solutions données par la jurisprudence sont identiques à celles appliquées en matière de vente de fonds de commerce (1).

B) CESSION DE PARTS SOCIALES.

44. La certitude est moins grande et le problème plus débattu lorsque, en présence d'un fonds de commerce exploité en société, on envisage de savoir si le cédant de parts sociales est tenu à la garantie de son fait personnel envers le cessionnaire, de la même manière que le vendeur d'un fonds de commerce en propriété l'est envers son acquéreur. Autrement dit, le cédant de parts sociales est-il tenu par l'effet de cette cession de ne pas concurrencer son cessionnaire de la même manière que le vendeur d'un fonds de commerce a l'obligation de s'interdire toute activité ayant pour résultat de reprendre la clientèle du fonds vendu? L'associé qui cède ses droits dans la société peut-il être assimilé à un vendeur de fonds de commerce? (2) Certes, l'acte de cession ou le contrat de société pourra prévoir par une stipulation expresse une telle obligation à la charge du cédant; l'obligation de non concurrence sera alors conventionnelle et obéira aux règles générales de validité des conventions restrictives de concurrence. Mais que décider en l'absence d'une telle garantie conventionnelle?

Il est certain que la clientèle, analysée comme l'élément essentiel du fonds de commerce, faisant la valeur de celui-ci, déterminera pareillement la valeur de la part si le fonds de commerce est exploité sous la forme sociale. Mais la personnalité morale de la société, véritable titulaire du fonds et donc de la clientèle rend la question difficile à résoudre. Les auteurs et la jurisprudence s'y sont employés, mais les solutions retenues sont parfois opposées.

(1) Cass. Com. 12 janvier 1959, *Annales* 1962, 267; *R.T.D. Co.* 1964, p. 78, n° 16; Cass. Com. 8 décembre 1966, *G.P.* 18-21 mars 1967.

Tribunal Civil Saint-Ouen 20 janvier 1939 précité : « L'attribution à l'un des époux dans un partage de communauté d'un fonds de commerce dépendant de cette communauté oblige l'autre époux, même en l'absence d'une clause expresse sur ce point à la garantie édictée par l'article 1626 du Code Civil et il ne peut par des agissements personnels tenter de détruire ou de diminuer la valeur du fonds attribué à son conjoint ».

La Cour de Grenoble (5 mai 1955, *G.P.* 1955-II, 87, *R.T.D. Co.* 1955, p. 836, n° 7) a même interdit à un cohéritier de concurrencer le fonds pour lequel il était en indivision, un tel agissement étant de nature à rompre l'égalité entre les cohéritiers. Il ne devait pourtant pas encore garantie à ceux-ci au titre du partage, celui-ci n'ayant pas encore eu lieu.

Voir aussi Tribunal Civil du Mans, 28 mars 1944, *G.P.* 1944-2, 87, *R.T.D. Civ.* 1945, p. 29, n° 5, observations LAGARDE.

(2) Nous n'envisageons à cette place que l'obligation de garantie découlant du contrat de cession de part sociale, garantie due au cessionnaire. Différent est le problème de la garantie due par l'associé cédant à la société qu'il quitte *Infra* p.87.

45. Une première opinion soutenue par la doctrine classique (1) et par une jurisprudence abondante (2) semble déduire l'existence de l'obligation de non concurrence du cédant de part sociale de la nature juridique de la société exploitante du fonds et répond par l'affirmative lorsqu'on se trouve en présence d'une société de personnes et par la négative dans l'hypothèse d'une société de capitaux. Ainsi, le cédant d'une part d'intérêt dans une société de personnes est, comme le vendeur d'un fonds, tenu d'une obligation de non concurrence, obligation au terme de laquelle il ne doit pas, par son fait personnel, détourner la clientèle de la société qu'il a quittée (3). Au contraire, le cédant d'une part d'associé, d'une action, dans une société de capitaux n'est tenu à aucune obligation de non concurrence (4).

Ce critère simple, pour ne pas dire simpliste, se révéla d'un manie-
ment délicat lorsque la société qui exploite le fonds de commerce est
constituée sous la forme d'une société à responsabilité limitée. Celle-
ci se présente, en effet « comme une espèce hybride qui participe par
certain côté de la nature des sociétés de personnes et par d'autres
de la nature des sociétés de capitaux » (5).

Les juridictions qui eurent les premières à trancher de la garantie
due par le cédant de parts sociales d'une société à responsabilité limitée
s'attachèrent à rechercher le caractère de celle-ci (6). Elles conclurent

(1) THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, n° 471 ; HOUPIN, *Sociétés*, T. I, n° 107 ; PIC, *Société*, T. I, n° 636 et 679 ; CENDRIER, *Le fonds de commerce*, n° 234 ; BOUTAUD et CHABROL, *Fonds de commerce*, n° 510 ; BOTTE-
LIN, *Des restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie*, Thèse, Nancy 1906,
p. 27 et 83 ; MICHEL, *L'interdiction de se rétablir dans la vente de fonds de
commerce*, Thèse, Paris 1929, p. 82 ; PREE, *L'interdiction de se rétablir pour le
vendeur de fonds de commerce*, Thèse, Caen 1929, p. 140 et s.

(2) Req. 12 juin 1942, *J.C.P.* 1942-II, 1913, note D. BASTIAN ; Nîmes, 1^{er} juillet
1933, *D.P.* 1934-2, 49, note FREJAVILLE ; S. 1934-2, 129, Note LAGARDE ;
Tribunal Civil Céret, 17 juin 1937, *D.H.* 1937, 450 ; Tribunal Com. Seine, 2 mai
1933, *G.P.* 1933-2, 319 ; Tribunal Com. Seine, 5 janv. 1929, *G.P.* 1929-2, 174 ;
Limoges, 25 novembre 1910, S. 1911-2, 179 ; Civil, 7 décembre 1912, S. 1913-1,
91 ; Req. 8 février 1911, S. 1912-1, 173 ; Civil, 8 juillet 1907, S. 1907-1, 22 ; Paris,
5 décembre 1894, *J.S.* 1895, 398 ; Req. 29 mars 1894, *D.* 1894-1, 521 ; Cass.
9 janvier 1884, S. 1884-1, 428 ; Req. 2 mai 1860, *D.* 1860-1, 218.

(3) Peu importe pour ces auteurs que la cession de part soit effectuée au profit
d'un tiers ou d'un associé pendant la vie de la société ou qu'elle intervienne à la liqui-
dation par la cession des parts de l'associé aux autres associés qui continuent
l'exploitation ou par la liquidation du fonds de commerce au profit d'un tiers.

(4) Pour une application très nette, voir Tribunal de Commerce Nancy,
31 mars 1913, *J.S.* 1914-329 : « dans une société de cette nature tous les action-
naires qui ont conservé leurs droits et leur liberté individuels dans toute leur
plénitude peuvent par leurs personnes et par leurs capitaux participer à la création
et à l'exploitation de toute affaire similaire et échappent d'une manière absolue
à toutes les obligations de garanties légales ou conventionnelles pouvant exister
au profit d'un acquéreur de l'être moral de la société ».

(5) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, RODIERE et HOUIN, *Droit Commercial*, T. I,
n° 415.

(6) Nîmes, 1^{er} juillet 1933, *op. cit.* « Attendu que la question soulevée est
complexe et qu'il convient de l'examiner dans le cadre qui lui est propre en
référant au caractère de la société à responsabilité limitée ».

à l'assimilation de la société à responsabilité limitée à une société de personnes, faisant ainsi peser sur le cédant de parts d'une telle société la même garantie de non concurrence imposée au vendeur d'un fonds de commerce conformément au critère adopté (1).

46. Le caractère systématique d'une telle théorie suscita l'opposition d'une partie de la doctrine (2). Selon celle-ci, l'existence d'une obligation de non concurrence à la charge du cédant de part sociale, expression de la garantie due au cessionnaire, découle moins de la forme de la société que de la personnalité du vendeur. « La garantie due par le cédant est indépendante de la nature de la société, ce qui est essentiel, ce n'est pas la forme de la société, mais l'influence de l'associé cédant sur la clientèle » (3). La difficulté consiste alors à déterminer la mesure dans laquelle le cédant a contribué à créer la clientèle du fonds exploité en société. Si l'investigation est positive, si la personnalité de l'associé a une réelle influence sur la clientèle, il sera tenu, en cédant ses parts sociales, dans les mêmes termes que le vendeur d'un fonds de commerce, il ne pourra rechercher la clientèle de la société étant astreint à une obligation de non concurrence.

La forme de la société n'est plus prise en considération, si ce n'est à titre indicatif. Il est bien certain, en effet, que presque toujours un associé en nom collectif participe à la gestion et à l'exploitation du fonds de commerce. C'est pourquoi l'obligation de non concurrence pèsera presque toujours sur le cédant de part d'intérêt dans une société en nom collectif. Mais ce n'est pas une certitude absolue, il peut arriver que même dans une société de personnes la personnalité du cédant ait été sans influence sur la clientèle et dans cette hypothèse aucune obligation de non concurrence n'existera du fait de la cession des parts. Le raisonnement est exactement inverse lorsque le fonds de commerce est exploité par une société de capitaux. Et cela, parce que généralement la personnalité de l'actionnaire est sans influence sur la clientèle. Cependant, dans les cas exceptionnels où cette personnalité serait le support de la clientèle, l'actionnaire serait tenu de ne pas faire concurrence au cessionnaire, c'est-à-dire de ne pas déprécier les parts sociales qu'il a cédées en détournant la clientèle de la société qu'il quitte (4).

(1) Req. 12 juin 1942, *J.C.P.* 1942-II, 1913, note BASTIAN ; Tribunal Civ'l de Céret, 17 juin 1937, *D.H.* 1937-450 ; Nîmes, 1^{er} juillet 1933, *D.P.* 1934-2, 49, note FREJAVILLE, *S.* 1934-2, 129, note LAGARDE.

(2) FREJAVILLE, *Recueil juridique des sociétés*, 3^e partie, p. 19 et s., et note sous Nîmes, 1^{er} juillet 1933 ; LAGARDE, note sous Nîmes, 1^{er} juillet 1933.

(3) FREJAVILLE, *Recueil juridique des sociétés*, précité.

(4) FREJAVILLE, *Op. cit.*

Une argumentation identique est développée en droit italien par M. GUGLIELMETTI, *Limili negoziali della concorrenza*, Padoue 1961, p. 257 et s. Celui-ci écrit notamment : « Il est de la plus haute importance d'établir en fait le rôle que le membre cédant exerçait dans la société. Il ne s'agit pas d'un problème marginal, mais du « centre » de la question. »

47. Les deux théories que nous venons d'examiner, si elles diffèrent dans le critère de détermination de l'existence de l'obligation de non concurrence à la charge du cédant de part sociale, soit que celle-ci découle de la forme de la société, soit qu'elle résulte de l'analyse de l'influence de la personnalité du cédant au regard de la clientèle, sont néanmoins fondées, sur le même principe : la cession de part sociale d'une société exploitant un fonds de commerce doit être analysée comme une cession de fonds de commerce ; « le cédant d'une part sociale dans un fonds de commerce doit la garantie de son fait personnel dans les mêmes conditions que le vendeur en propriété » (1).

C'est ce principe même qui est contesté par la doctrine la plus récente, soit que l'on trouve un fondement différent à l'obligation de non concurrence du cédant de part sociale, soit, enfin, que l'on refuse d'admettre l'existence de cette obligation.

48. Un premier courant doctrinal, repoussant en notre matière tout raisonnement analogique avec la vente de fonds de commerce, trouve dans la cession de part sociale elle-même le principe d'une obligation de non concurrence à la charge du cédant, obligation résultant du principe général selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi (2). L'associé qui cède ses parts sociales, cède sa place dans une entreprise commerciale et il ne doit pas, au nom de la bonne foi, détourner la clientèle sociale, ce qui aurait pour conséquence de diminuer la valeur des parts vendues. Faire un tel raisonnement, dit-on, « ce n'est pas étendre à la cession de parts les règles spéciales à la vente du fonds de commerce, c'est faire une application parallèle d'un principe supérieur commun : l'interprétation de bonne foi des conventions » (3).

Cependant, cette solution n'est admise que pour les sociétés de personnes, non pour les sociétés de capitaux, l'objet de la cession de parts sociales n'étant pas identique dans les deux cas. Dans les sociétés de personnes, particulièrement dans une société en nom collectif, le but du cessionnaire est de remplacer l'activité du vendeur par la sienne, de participer à l'exploitation du fonds à la place de celui-ci.

Au contraire, dans une société par action le cessionnaire ne vise pas un tel but, il ne désire pas participer à l'activité de l'entreprise, mais seulement acquérir une valeur mobilière dans un but de placement ou de spéculation. Autant, dans la première hypothèse, l'ouverture d'un fonds de commerce concurrent par le cédant sera contraire à la bonne

(1) FREJAVILLE, *Op. cit.*

Cette thèse est également soutenue en droit italien. Voir LA GIOIA, *Alienazione*, p. 112 : « qui vend la part de société vend la part du fonds correspondant à sa part et il est juste qu'il soit soumis aux obligations nées de la vente du fonds ». Pour une application jurisprudentielle, voir Bologne, 2 août 1954, in *Foro Pad.*, 1954-I, 1124.

(2) LAGARDE, Note sous Nîmes, 1^{er} juillet 1933, *S.* 1934-2, 129.

(3) LAGARDE, *Op. cit.*

foi due dans l'exécution du contrat, autant, dans la deuxième hypothèse, cette préoccupation est étrangère aux parties à la cession. En définitive, si cette théorie conteste la source de l'obligation de non concurrence due par le cédant de part sociale d'une société exploitant un fonds de commerce, trouvant celle-ci dans le contrat de cession de part lui-même et non dans les règles de la vente de fonds de commerce, elle aboutit, cependant, à un résultat sensiblement identique. L'affirmation du principe d'une obligation de non concurrence de droit à la charge du cédant de part sociale dans les sociétés de personnes. L'existence même de cette obligation a été mise en doute quel que soit le fondement qu'on lui assigne.

49. Le raisonnement qui trouve le principe d'une obligation de non concurrence à la charge du cédant de parts sociales en assimilant celui-ci à un vendeur de fonds de commerce méconnaît, a-t-on dit, la réalité juridique. Une telle transposition de règles est impossible en droit. En effet, le cédant de parts sociales ne vend pas le fonds de commerce social, celui-ci appartient à la société personne morale et malgré la cession de parts, reste sa propriété. Ce qui est vrai pour le fonds de commerce l'est évidemment pour la clientèle. En cédant sa part l'associé ne transmet à son cessionnaire que ses droits contre la société « Céder des droits sociaux ce n'est pas vendre le fonds de commerce de la société » (1). On ne peut donc assimiler un vendeur de parts sociales à un vendeur de fonds de commerce. De ce fait, seule, une clause pourra restreindre la liberté de concurrence du cédant ; aucune obligation légale de non concurrence n'existe à sa charge du fait même de la cession (2).

De même est critiquée la théorie selon laquelle le fondement de l'obligation de non concurrence du cédant de part sociale trouverait sa source directement dans la cession elle-même en application du principe de l'interprétation de bonne foi des conventions. Le cédant, soutient-on, ne pourrait troubler le cessionnaire dans la jouissance des droits qu'il lui a transmis, en particulier en concurrençant le fonds social. Mais, a-t-on observé, par une telle concurrence « le cédant ne porte nullement atteinte à l'existence ou à l'exercice des droits qu'il a vendus, c'est-à-dire des droits qu'il possédait contre la société. De même que l'on ne peut dire que le cédant ait aliéné une fraction de clientèle, de même on ne peut prétendre que le cessionnaire ait acquis

(1) BASTIAN, Note sous Req. 12 janvier 1942, *J.C.P.* 1942-II, 1913. Dans le même sens, voir *Encyclopédie de droit commercial*, « Sociétés », Société en nom collectif, n° 167 et s.

(2) En ce sens : Tribunal de commerce de la Seine, 2 mai 1956, *G.P.* 1956, 27, 30 ; octobre 1956, *D.* 1957, Som. 6.

Cette solution a été aussi adoptée par la Cour de Cassation Italienne. Cf. Sentence du 23 juin 1956, n° 2245, *Rev. dir. ind.* 1957-II, 106, note LA GIOIA ; Sentence du 20 janvier 1953, n° 155, *Giur. Cass. civ.* 1955-1, 262. Elle est cependant discutée en doctrine (cf. GUGLIEMETTI, *op. cit.*, n° 257 et s.).

des droits directs sur la clientèle attachée au fonds exploité par la société. Certes en détournant une partie de la clientèle sociale le cédant diminue la valeur des parts qu'il a vendues mais n'est-ce pas aller trop loin que de considérer ce fait comme un préjudice direct pour le cessionnaire? » (1).

Les raisons de douter de l'existence d'une obligation de non concurrence à la charge du cédant de part sociale d'une société exploitant un fonds de commerce sont nombreuses. Les règles établies dans le domaine de la vente de fonds de commerce paraissent difficilement applicables dans cette matière. Si la jurisprudence paraît ignorer ces difficultés, c'est peut-être qu'elle a à intervenir principalement dans l'hypothèse de cessions de parts sociales de sociétés en nom collectif ; cessions réalisées comme mode de liquidation de la société. Ne peut-on alors considérer que l'on se trouve en présence non pas d'une cession de droits sociaux mais d'une cession de droits indivis? (2). Auquel cas le problème se pose dans des termes différents. Il s'agit alors de déterminer l'étendue de l'obligation de garantie assumée par les copartageants ou les colicitants (3).

C) LOCATION GÉRANCE DU FONDS DE COMMERCE.

50. Inventée par la pratique et consacrée par le législateur, la location gérance de fonds de commerce réalise la séparation entre la propriété du fonds de commerce et son exploitation. La nature juridique de ce contrat a été longtemps discutée. Elle ne l'est plus aujourd'hui. La location gérance de fonds de commerce est analysée en un contrat de louage de choses. La nature du fonds de commerce, bien mobilier incorporel, a pu susciter des controverses. Le Code civil en effet, ne réglemente pas la location des propriétés incorporelles. Cependant l'article 1713 de ce même Code énonce que l'on « peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles ». La généralité des termes de ce texte a permis à la doctrine et à la jurisprudence d'affirmer que les meubles incorporels dont fait partie le fonds de commerce peuvent faire l'objet d'une location ; la loi elle-même en réglementant la location gérance a admis cette solution. La location gérance du fonds de commerce constitue « la location d'un meuble incorporel » (4).

Ce contrat présente une physionomie particulière du fait même de son objet. Louer un fonds de commerce c'est essentiellement louer une clientèle, une source de bénéfices soumise à la loi de la concurrence et à la nécessité de l'exploitation. La fragilité de ce bien commande une protection particulière, notamment contre les agissements des contractants eux-mêmes. En cédant la jouissance du fonds de commerce commerce, le propriétaire délaisse entre les mains du locataire la clien-

(1) BASTIAN, *op. cit.*

(2) Pour l'affirmative, voir BASTIAN, *op. cit.*

(3) Voir *supra*, p. 41.

(4) Cass. Com. 9 mars 1953, *Rev. Loyers* 1953-520.

tèle dont il est titulaire, il entend que ce dernier ne la détourne pas à son profit en particulier en créant un fonds concurrent. D'autre part une concurrence du bailleur dirigée contre la clientèle du fonds donné en location constituerait un danger redoutable pour le locataire gérant. Autant de raisons pour lesquelles le contrat de location gérance prévoira très souvent une limitation réciproque de la concurrence des contractants. Mais qu'en est-il dans le silence du contrat? La question doit être examinée successivement au regard du bailleur et du locataire gérant.

a) *L'obligation de non concurrence du bailleur de fonds de commerce.*

51. Le droit commercial ne réglemente pas la garantie dans le contrat de location de fonds de commerce ; de même, le Code civil n'édicte aucune disposition particulière pour le louage des meubles. Aussi est-il couramment admis d'appliquer en cette matière les règles de la garantie écrites pour le bail d'immeuble. L'article 1719 du Code civil pose le principe de la garantie du bailleur ; celui-ci doit « faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail ». Comme le vendeur, le bailleur doit garantir le preneur contre l'éviction résultant soit du fait du tiers, soit de son fait personnel. C'est dans l'analyse de cette dernière obligation que la doctrine et la jurisprudence ont découvert le principe d'une obligation légale de non concurrence à la charge du bailleur de fonds de commerce. L'obligation de garantie du propriétaire du fonds a un caractère particulier commandé par la nature spéciale du bien donné en location. Comme tout bailleur, celui-ci doit délivrer la chose louée en bon état, l'entretenir en vue d'un usage normal, assurer la jouissance paisible du preneur, mais en outre il ne peut « créer, ou tenir, ou autoriser soit dans la même maison, soit dans les maisons contiguës ou voisines et surtout lui appartenant un commerce rival » (1).

Le bailleur du fonds de commerce est soumis à une obligation résultant de la garantie de son fait personnel. Étant obligé de faire jouir paisiblement son cocontractant pendant la durée du bail, le bailleur doit n'accomplir aucun fait personnel dont le résultat serait de troubler la jouissance du locataire.

Cette solution est exceptionnelle. En effet, d'une manière générale, le bailleur n'entend pas garantir les profits du preneur, ceux-ci sont extérieur au contrat. La location gérance du fonds de commerce dérogera à ce principe de droit commun. L'étendue de l'obligation du bailleur du fonds sera déterminée dans cette hypothèse par la nature spéciale du bien donné en location, par l'inclusion dans le champ contractuel de cet élément particulier et fragile que représente la clientèle, c'est-à-dire en définitive un espoir de revenus. En cédant la jouissance de la clientèle, le bailleur du fonds transmet les bénéfices que celle-ci procure ; le bien loué et les revenus forment un tout indis-

(1) Colmar, 11 mai 1926, *G.P.* 1926-2, 303. La Cour remarque que « la location d'un fonds de commerce a pour la durée du bail les mêmes effets que la vente ».

sociable. En recevant le fonds de commerce, le locataire reçoit l'assurance d'une jouissance fructueuse. Le propriétaire du fonds doit éviter tout acte propre à créer une concurrence au locataire gérant (1), ainsi, même en l'absence de toute disposition conventionnelle, sera-t-il tenu d'une obligation légale de non concurrence résultant de la garantie de son fait personnel et cela, en principe, pendant toute la durée du contrat (2).

b) *L'obligation de non concurrence du locataire gérant de fonds de commerce.*

52. On a pu se demander si une obligation légale de non concurrence n'incombait pas au locataire gérant du fonds de commerce. Le recours aux textes de la garantie légale, source traditionnelle de l'obligation de non concurrence dans notre droit, est ici malaisé. En définitive, les auteurs ont cru découvrir une telle obligation dans le contenu particulier du contrat de location de fonds de commerce.

Le volume de la clientèle attachée à un fonds de commerce en fait en grande partie la valeur. Sollicitée par la concurrence, déterminée par la qualité de l'exploitation, la clientèle est par nature essentiellement mouvante et ne peut être conservée qu'au moyen d'une lutte incessante. La remise de cet élément entre les mains du locataire par le propriétaire du fonds fait courir à ce dernier de grands risques, particulièrement dans l'hypothèse où le preneur négligera une mise en valeur diligente et attentive du fonds loué car « un fonds de commerce qu'on délaisse c'est une clientèle laborieusement constituée qui s'évanouit, c'est une valeur patrimoniale qui s'effrite » (3). Enfin, la maîtrise de la clientèle conférée au preneur peut permettre à celui-ci de la détourner du fonds loué à son profit en créant un établissement concurrent qu'il exploiterait personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers. On le voit, la nécessité de déterminer le contenu de l'obligation du locataire gérant est d'une grande importance pratique. Cela sera souvent réalisé par les parties dans le contrat lui-même. À défaut, le recours à la loi apporte peu de secours.

La loi du 20 mars 1956 réglementant la location gérance du fonds de commerce est muette sur le contenu des obligations des parties. Les seuls textes applicables en notre matière semblent devoir être

(1) Le bailleur ne peut se rétablir dans un commerce similaire ni faciliter l'installation d'un concurrent par son appui financier. Voir Rouen, 15 novembre 1938, S. 1939-2, 151, D.H. 1939, 141 ; Colmar, 11 mai 1926, précité ; Bordeaux, 2 août 1860, S. 1861-2, 124.

(2) L'article 2557, alinéa 4 du *Code Civil* Italien prévoit dans l'hypothèse du louage du fonds de commerce l'application de l'interdiction de concurrence contenue dans l'alinéa 1^{er} de ce même article pour le cas de vente du fonds de commerce. Cette interdiction est applicable au propriétaire pour la durée du contrat.

(3) VOIRIN, « La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie », *R.T.D. Civ.* 1930, p. 318.

les règles du droit commun des contrats (1). L'expression en est trouvée dans l'article 1137 du Code civil relatif à l'obligation de donner. En transposant cet article au contrat de louage de meubles le preneur devra « veiller à la conservation de la chose, et, y apporter tous les soins d'un bon père de famille » (2). Il est cependant difficile de trouver dans la généralité de ces termes le principe de l'obligation pour le preneur de s'abstenir de tout acte qui aurait pour résultat de concurrencer le fonds qu'il a reçu en location. Aussi, dans leur ensemble, les auteurs, tout en affirmant le principe d'une obligation de non concurrence à la charge du locataire gérant, s'abstiennent-ils généralement d'en rechercher le fondement légal (3).

53. Il faut cependant rappeler à cette place l'effort d'analyse tenté par une partie de la doctrine (4). Ces auteurs envisagent la nature juridique du contrat de location gérance et, tout en lui reconnaissant la qualification de louage de choses, mettent l'accent sur la nécessité de l'exploitation du bien loué pour que celui-ci conserve sa valeur. La location du fonds de commerce, soutiennent-ils, se rapproche d'autres louages d'exploitation tels que les baux à ferme ou les licences de brevets. Une même nécessité de mettre en valeur le bien loué se retrouve dans ces hypothèses particulières. Pourquoi ne pas admettre l'unité de régime de ces différents contrats? Ne portent-ils pas sur une même catégorie de biens, l'exploitation? On doit considérer concluent ces auteurs, toutes les fois que l'objet d'un bail est une exploitation quelle qu'elle soit, que l'on est en présence d'un bail à ferme. L'obligation du preneur sera alors caractérisée par la nécessité de mettre en valeur le bien loué. Ayant l'obligation d'exploiter le locataire gérant « doit s'abstenir de diminuer par son fait la valeur de l'exploitation en organisant lui-même une concurrence au fonds dont il a acquis la jouissance » (5). Il est tenu d'une obligation légale de non concurrence dont la source se trouve dans la réglementation légale du bail à ferme (6).

Cette théorie, pour séduisante qu'elle soit, appelle cependant une double critique sur le plan du droit positif. Tout d'abord, si la notion

(1) En effet, dans le silence de la loi, il est généralement admis par la majorité de la doctrine que l'on ne peut appliquer au louage de meubles les règles écrites pour le bail d'immeuble dans la mesure où elles dérogent au droit commun. Ce qui est le cas en l'espèce dans la détermination des obligations du preneur.

(2) Article 1137, *Code Civil*.

(3) Voir ROBINAULT, *La location gérance de fonds de commerce*, Thèse, Rennes 1951, n° 95.

(4) DELMAS-SAINT-HILAIRE, *L'exploitation, l'exploitant dans la loi et la jurisprudence contemporaines*, Thèse, Paris 1956, n° 82 et s. ; RAYNAUD P., « Le contrat de location d'un fonds de commerce », *Revue crit. lég. et jur.*, 1936, p. 546 et s. ; VOIRIN P., « Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation spécialement dans le bail du fonds de commerce », *R.T.D. Civ.* 1931, p. 285 et s.

(5) VOIRIN, *R.T.D., Civ.* 1931, *op. cit.*

(6) Articles 1766 et s., *Code Civil*.

juridique d'exploitation se dessine dans notre droit, force nous est de constater que sa construction est fragmentaire et inachevée. Il est difficile d'en donner une définition juridique précise (1). De ce fait, son utilisation comme critère des obligations des contractants semble prématurée. D'autre part, inclure la location gérance de fonds de commerce dans la catégorie des baux à ferme contredit formellement les dispositions du Code civil, les règles du bail à ferme ne s'appliquant qu'en présence d'un bail rural, c'est-à-dire d'un bail d'immeuble à usage agricole (2). En définitive, le fondement de l'obligation de non concurrence du locataire de fonds de commerce est plus mis en lumière par cette théorie que véritablement justifié sur le plan de la loi. Son assise légale reste incertaine.

54. La jurisprudence a eu rarement à se prononcer sur l'existence de l'obligation légale de non concurrence du locataire d'un fonds de commerce (3). Cela tient à ce que les parties insèrent généralement une clause de non concurrence dans le contrat de gérance. Dans ce cas, l'obligation est de nature conventionnelle et en principe licite. Enfin, le plus souvent, la concurrence du preneur est qualifiée de concurrence déloyale, la sanction dans cette hypothèse ne résultant pas de la violation du contrat mais de la responsabilité délictuelle.

55. Si les auteurs admettent l'obligation pour le locataire gérant de ne pas concurrencer le fonds dont il a la jouissance, ils sont unanimes pour limiter cette interdiction à la durée de la location (4). En l'absence d'une clause de non concurrence souscrite par le gérant pour le temps qui suivra l'expiration du bail, celui-ci n'est tenu à « aucune garantie légale envers le commerçant dont il gérait le fonds. Il n'a pas, du fait du contrat l'obligation de ne pas s'établir lui-même à l'expiration de son contrat comme commerçant dans la même spécia-

(1) « L'exploitation apparaît comme le comportement qui fait coïncider l'exercice d'un droit de jouissance réel ou personnel avec l'exercice d'une activité professionnelle ». M. DE JUGLART, préface de la thèse de M. DELMAS-SAINT-HILAIRE, précitée.

(2) On a pu critiquer cette conception étroite du bail à ferme, notamment par un argument de droit comparé. Plusieurs législations voisines, en effet, incluent toutes les exploitations dans la notion de bail à ferme : Article 275 Code Fédéral Suisse des obligations, « Le bail à ferme est un contrat par lequel le bailleur s'oblige à remettre au fermier moyennant un fermage, l'usage d'un bien ou d'un droit productif et à lui en laisser percevoir les fruits et les produits ». Article 581 B.G.B. « En vertu du contrat de bail à ferme, l'affermant s'oblige à faire avoir au fermier pendant la durée du bail l'usage de l'objet affermé et la jouissance des fruits dans la mesure où ils doivent être considérés comme constituant un revenu ».

(3) Pour l'affirmative, voir Cas. 11 avril 1891, D.P. 1891-1, 355.

(4) HAMEL LAGARDE et JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, T. II, p. 212, n° 1126 ; PICARD, « De quelques effets des clauses de non rétablissements souscrites par un gérant libre de fonds de commerce », J.C.P. 1958, D. 1420 ; RIPERT-DURAND et ROBLLOT, *op. cit.*, n° 484 ; ROBINAULT, *La location gérance de fonds de commerce*, Thèse, Rennes 1951, n° 95 ; *Encyclopédie Droit Commercial*, « Concurrence déloyale », n° 43.

lité » (1). Très tôt, les tribunaux ont voulu marquer leur opposition à un courant d'idées selon lequel le locataire gérant à l'expiration du contrat serait tenu d'une obligation de non concurrence identique à celle du vendeur de fonds de commerce. Le 4 décembre 1923 le tribunal de commerce de Pontoise a jugé que « la seule gérance d'un fonds de commerce ne saurait entraîner après sa cessation l'interdiction pour le gérant de s'établir dans un commerce similaire, alors surtout qu'aucune clause prohibitive n'a été prévue en dehors même du contrat de gérance, qu'on ne saurait en effet à peine de restreindre la liberté commerciale assimiler un gérant à un vendeur qui par la cession de l'achalandage et de la clientèle s'interdit par là même d'exercer un commerce similaire pouvant concurrencer celui vendu » (2).

Seule une concurrence déloyale sera interdite au locataire gérant après la cessation du contrat (3).

Sous-section II. — L'obligation de non concurrence concernant une clientèle non incorporée dans un fonds de commerce.

56. Lorsque, en présence d'une clientèle non incorporée dans un fonds de commerce, celle-ci trouve néanmoins un support, soit dans des biens, soit dans une organisation de la profession, soit dans un monopole, lorsqu'une autorité mandante garantit la continuité du poste professionnel, ce dernier a été reconnu comme pouvant faire l'objet d'une cession parce que constituant un droit qualifié de « propriété incorporelle ».

Ces postes professionnels ont pour trait commun de relever du pouvoir de nomination d'une autorité supérieure, l'État ou un commettant, ce qui réduit le caractère aléatoire de l'opération de transfert en donnant une certaine consistance à la clientèle indépendamment de la personnalité du professionnel.

Notre jurisprudence reconnaît alors directement une valeur vénale à la clientèle. Cependant, l'effacement de la personnalité du titulaire du poste professionnel n'est pas complet. L'ancien professionnel sera tenu d'une obligation de non concurrence envers son successeur. La recherche de la qualification juridique des sources de cette obligation de non concurrence doit être successivement envisagée à propos des offices ministériels, des porte feuilles d'assurances et des cartes de représentation commerciale.

(1) RIPERT, Note sous Tribunal Commerce Lyon, 19 décembre 1949, *D.* 1950, 275.

(2) Tribunal de commerce de Pontoise, 4 décembre 1923, *G.P.* 1924-1, 341. Dans le même sens, voir Aix-en-Provence, 5 novembre 1953, *D.* 1953, 759 ; Tribunal de Commerce Lyon, 4 octobre 1950, *J.C.P.* 1951-IV, 18 ; 22 septembre 1950, *Annales*, 1952, p. 50.

(3) Voir Trib. G.I. Perpignan, 15 juin 1961, *J.C.P.* 1962-IV, 116 ; *R.T.D. Civ.* 1962, p. 672, n° 19.

§ I. — LES CESSIONS D'OFFICES MINISTÉRIELS

57. M^r P. Catala en étudiant « la transformation du patrimoine en droit civil moderne » constate que l'office ministériel fait figure de précurseur dans l'organisation des clientèles attachées à la personne (1). Cela tient en grande partie au fait que la clientèle d'un officier ministériel est profondément différente de celle d'un professionnel qui n'est pas titulaire d'une charge, ceci en raison du monopole exclusif ou relatif dont bénéficient les officiers ministériels.

La vénalité des offices supprimée par la Révolution a été rétablie par la loi du 28 avril 1816 qui pose le principe de la possibilité de leur cession (2). Mais deux éléments doivent être distingués dans l'office ministériel : d'une part le titre qu'on ne peut négocier, d'autre part la clientèle qui peut être cédée et qui représente la valeur de l'office, la finance. « La loi de 1816, écrivait un annotateur anonyme, (3) autorise les officiers publics et ministériels à présenter un successeur, et a consacré de la sorte une distinction importante entre le titre qui ne peut se vendre, attendu que le gouvernement seul le confère et la clientèle qui crée, par le titulaire et résultant de son travail, peut faire l'objet d'une cession pécuniaire ». La Cour de cassation analyse le droit du titulaire d'un office en une propriété immobilière de caractère spécial ou exceptionnel (4). En réalité, le droit de l'officier ministériel est compris comme le droit de présenter un successeur à l'agrément de l'autorité titulaire et la présentation du successeur est l'élément principal du contrat de cession de l'office (5).

Primitivement considérée comme un contrat innommé (6), la cession d'un office ministériel est assimilée aujourd'hui à une vente et en produit les mêmes effets sous réserve des règles spéciales résultant du caractère mixte, de fonction publique et de valeur patrimoniale de l'office (7).

Comme en matière de vente, la garantie due par le cédant est double, garantie contre l'éviction tant pour son propre fait que par le fait d'un tiers et garantie des vices cachés. Le cédant est obligé envers le cessionnaire de s'abstenir de tout ce qui serait de nature à porter atteinte aux avantages que le cessionnaire peut légitimement attendre de la cession.

(1) *R.T.D. Civ.* 1966, p. 185 et s.

(2) Article 91 L, du 28 avril 1816 : « Les avocats à la Cour de Cassation, notaires, avoués, greffiers, agents de change, courtiers, commissaires-priseurs pourront présenter à l'agrément de sa Majesté des successeurs pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par la loi. Cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués ».

(3) Note sous Paris, 23 août 1852, *S.* 1854-1, 318.

(4) *Cass. Civ.*, 11 novembre 1957, *S.* 1958-1, 55 ; *Cass. Civ.*, 23 mars 1954, *S.* 1954-1, 316 ; Rouen, 29 déc. 1947, *D.* 1948, -2 3.

(5) Voir MARTY et RAYNAUD, *Droit Civil*, T. II, 2^e vol., n° 430.

(6) Voir DARD, *Traité des offices*, 1838, p. 208.

(7) Voir PLANIOL et RIPERT, T. X, n° 335 et s. ; BEUDANT-LEREBOURS-PIGEONNIÈRE-BRETHE DE LA GRESSAYE, T. XI, n° 80 et 407 et s.

Il en résulte pour le cédant l'obligation de ne pas concurrencer le cessionnaire, notamment l'obligation de ne pas rester en relation avec ses anciens clients et de continuer à leur rendre des services qui devraient être rendus par son successeur (1). L'obligation de non concurrence n'est alors qu'une application de la garantie du fait personnel due par tout vendeur.

En pratique les traités de cession ne comprennent pas d'engagement explicite de non réinstallation puisqu'il faudrait être nommé par la Chancellerie, qui refuserait de le faire si le candidat devait ainsi concurrencer son successeur dans une précédente charge.

§ II. — LES CESSIONS DE PORTEFEUILLE D'ASSURANCES

58. La situation des agents généraux d'assurances présente une analogie certaine avec celle des officiers ministériels. Les uns comme les autres, écrit M. Vanard (2) sont investis par une autorité supérieure. Les uns comme les autres sont investis d'un titre, les uns comme les autres ont un droit de présentation ou un droit à indemnité qu'on peut appeler « finance ».

Le droit des agents d'assurances sur leur portefeuille a été reconnu par les statuts des 5 mars 1949 et 28 décembre 1950 aux termes desquels ces professionnels ont le droit soit de céder leur poste professionnel, soit en cas de refus de la Compagnie, d'obtenir une indemnité compensatrice.

La jurisprudence a toujours admis cette cession. Un arrêt de la Cour d'appel d'Angers avait même déclaré, le 14 décembre 1934 (3), « La cession d'un portefeuille d'assurances est valable en soi alors même que les statuts de la Compagnie l'interdisent ou y apportent des limitations, un portefeuille constituant une universalité, le prix de cession ne comporte pas seulement la rémunération du droit de présentation mais encore, d'une part, des éléments incorporels très importants consistant dans la démission du cédant, son engagement de ne pas créer un autre portefeuille, sa clientèle, la présentation à celle-ci du cessionnaire et un droit au bail ; et, d'autre part, un élément matériel, le mobilier et les polices en cours... »

En pratique, la cession oblige le cédant à deux obligations envers le cessionnaire, une obligation de présentation et une obligation de non concurrence. Cette dernière est indispensable pour que le cessionnaire puisse tirer tous les avantages de la cession. Souvent prévue par une clause, l'interdiction de concurrence est analysée, en l'absence

(1) Voir Cass. Civ., 18 avril 1944, *D.A.* 1944, 87 ; Caen 26 avril 1933, *S.* 1933-2 237.

(2) « La cession des agences d'assurances », *Rep. Gén. du Not.*, 1950, article 26841.

(3) *G.P.*, 1935-II, 370.

de convention, comme étant d'origine légale sa source se trouvant dans les règles de la garantie en matière de vente (1).

§ III. — LES CESSIONS DE « CARTES » DE REPRÉSENTATION COMMERCIALE

59. Le droit du représentant de commerce sur sa « carte » n'a pas la même certitude que celui de l'agent général d'assurances sur son portefeuille (2). En effet, la vénalité du poste professionnel du représentant n'a pas été reconnue statutairement (3).

La cession de carte ne peut être imposée à l'entreprise représentée ; celle-ci a un pouvoir de décision discrétionnaire sauf si une clause du contrat de représentation a reconnu au représentant le droit de présenter son successeur (4). Ce n'est que dans cette dernière hypothèse qu'apparaît le droit du représentant sur sa carte, éventualité qui tend à se généraliser et prend le caractère d'un usage.

L'élément principal du contrat de transfert du poste professionnel est sans nul doute la transmission du pouvoir de représentation, l'engagement pris par le cédant de présenter son successeur à son commettant et d'obtenir l'agrément de celui-ci. Mais cet engagement principal doit être complété par celui de présenter le cessionnaire à la clientèle et surtout par la promesse de ne pas le concurrencer.

Cette cession de carte de représentation a toujours été admise par la jurisprudence et M. Delbert a pu écrire qu'elle « apparaît comme une vente de clientèle sous condition suspensive, la réalisation de la convention dépendant de l'agrément du cessionnaire par l'employeur » (5).

Analysée comme une vente, la cession de carte oblige le cédant à la garantie, particulièrement à l'obligation de ne pas concurrencer son successeur. Même si le contrat ne contient pas de clause spéciale à ce sujet, le représentant qui cède son poste professionnel est obligé

(1) Voir DELBERT, *op. cit.*, p. 123 et s. ; A. DANIEL, *op. cit.*, p. 69 et s.

Lorsque la Compagnie n'accepte pas la cession elle doit verser une indemnité compensatrice à l'agent. Pour l'obtenir ce dernier est tenu d'une obligation de non concurrence « il ne doit ni directement ni indirectement pendant un délai de 3 ans présenter au public dans la circonscription de son ancienne agence générale des opérations d'assurances appartenant aux mêmes catégories que celles du portefeuille de l'agence générale ».

(2) Sur cette question, voir en particulier M. BOURDET, *Les droits des représentants de commerce et des agents commerciaux sur la clientèle*, Thèse, Toulouse 1958 ; P. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 118 et s.

(3) La loi du 18 juillet 1937 modifiée par la loi du 7 mars 1957 a accordé une indemnité de clientèle au représentant soumis au statut de V.R.P. et dont le contrat est rompu pour toute autre cause que sa volonté ou sa faute grave. Mais cette indemnité de clientèle n'est pas la sanction d'un droit patrimonial du représentant sur la clientèle. Voir M. BOURDET, *op. cit.*, p. 69 et s.

(4) Cass. Com. 16 février 1955, *Bull. Civ.* 1955-III, n° 53.

(5) *Op. cit.*, n° 86.

par là même à ne plus entretenir de relations avec son ancienne clientèle. « C'est là, écrit M. Delbert, l'application pure et simple du droit commun de la vente » (1).

Section II. — L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant des clientèles réputées incessibles (2).

60. Dès le début du XIX^e siècle le mouvement d'appropriation des clientèles commerciales s'étendit à d'autres clientèles qui n'avaient pas cette nature, spécialement aux clientèles des médecins et plus généralement aux clientèles civiles. Les titulaires de ces clientèles manifestèrent le désir et démontrèrent la possibilité de considérer leur « situation » comme un bien dont la transmission se ferait à prix d'argent.

La réalité sociologique de cet ensemble de personnes que constitue la clientèle, l'indéniable valeur économique qu'elle représente donnaient à penser qu'une même solution juridique était applicable aux clientèles commerciales et aux clientèles civiles.

Telle n'a pas été cependant la voie suivie par notre Droit et cela pour une raison primordiale : la nature des clientèles des professions libérales a été analysée comme étant profondément différente de celle des clientèles commerciales.

L'opposition a été soutenue entre les clientèles commerciales attachées à des choses corporelles ou incorporelles et les clientèles des professions libérales intimement liées à la personne du professionnel et n'existant qu'en considération de rapports de confiance personnelle. A l'effacement de la personnalité du commerçant dans les rapports de clientèle a été opposée la primauté de la confiance inspirée par la personne du médecin ou de l'avocat (3) dans l'exercice de son art.

Cette prééminence de la personnalité du professionnel est présentée

(1) *Op. cit.*, n° 88.

(2) Dans le cadre de cette étude, nous excluons de cette catégorie les officiers ministériels et assimilés qui sont titulaires d'une charge pour n'y comprendre que les clientèles de médecins, avocats, architectes, chirurgiens dentistes, vétérinaires, ingénieurs conseils et experts comptables. C'est d'ailleurs à ces clientèles que l'on réserve le plus souvent le qualificatif de « clientèles civiles ».

Voir P. JULIEN, « Les clientèles civiles », *R.T.D. Civ.* 1963, p. 213, n° 3, et les références citées par l'auteur.

(3) On doit noter à propos de ceux-ci que leurs clientèles sont en fait souvent incessibles de par leur attachement à la personnalité du professionnel, le matériel utilisé par l'avocat dans l'exercice de sa profession ne constituant pas un pôle d'attraction et d'attachement pour la clientèle.

Voir Décret 10 avril 1954 portant règlement d'administration publique pour l'exercice de la profession d'avocat et la discipline des barreaux d'où il ressort l'interdiction de toute transmission contractuelle des cabinets d'avocats.

Mais ce même décret (article 9) a permis aux règlements intérieurs d'autoriser l'association entre avocats.

Voir aussi la loi du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles qui dans son principe s'applique à la profession d'avocat.

comme l'obstacle majeur à l'édification d'un « fonds civil » qui jouerait le même rôle dans la transmission de la clientèle que le fonds de commerce pour les clientèles commerciales.

Ces arguments sont vivement combattus aujourd'hui. Les installations professionnelles de plus en plus importantes dont s'entourent les membres des professions libérales, l'attrait que ces éléments matériels exercent sur la clientèle, sont des causes certaines de ce qu'il est convenu d'appeler la « dépersonnalisation » des clientèles civiles (1). Aussi pour une partie de la doctrine, après la reconnaissance du fonds de commerce et du fonds artisanal, l'évolution du droit en ce domaine devrait avoir un nécessaire aboutissement : la naissance du « fonds » des professions libérales conçu comme une universalité composée d'éléments dont la réunion permettrait de créer et de conserver l'élément essentiel de cet ensemble, la clientèle (2). Cette évolution est inscrite dans notre jurisprudence qui, après avoir reconnu implicitement la valeur pécuniaire des clientèles des professions libérales, consacre aujourd'hui leur valeur patrimoniale (3).

Cependant, plus encore qu'en matière commerciale, la clientèle des professions libérales est une richesse étroitement liée à la personne de son titulaire. Dès lors on comprend l'importance de l'attitude de ce dernier lors de la transmission de cette clientèle. La maîtrise de cet élément par un successeur est nécessairement liée à l'engagement pris par l'ancien professionnel de rompre tous les liens qui l'unissent à cette clientèle. La pratique et la jurisprudence ont très tôt décelé l'importance fondamentale de l'obligation de non concurrence contractée par le titulaire d'une clientèle au profit de son successeur.

D'une manière générale, cette obligation qui porte atteinte à la liberté d'exercice de l'activité professionnelle de celui qui l'a souscrite, est validée par les tribunaux dans la mesure où elle est limitée soit quant au temps soit quant aux lieux, condition qui, nous l'avons vu, est toujours exigée par la jurisprudence afin de sauvegarder les libertés individuelles d'établissement et d'exercice de la profession dans la personne du débiteur de non concurrence (4).

(1) Cf. R. SAVATIER, « L'introduction et l'évolution du bien clientèle dans la construction du droit positif français », in *Mélanges Maurry*, p. 559 et s.

(2) Voir A. ROSSIGNOL, « Les clientèles civiles. L'organisation des professions libérales. Règles générales », *J.C.P.* 1961, édition N. 1608, n° II ; CH. MAQUET, « Professions libérales et patrimonialité », *J.C.P.* 1956, Doc. 1, 1333.

(3) Voir Cass. Civ., 29 avril 1954, *G.P.* 1954-I, 334 ; Cass. Civ., 7 mars 1956, *D.* 1956, 523, note PERCEROU ; Cass. Civ., 21 octobre 1959, *J.C.P.* 1959-II, 11 353, note E. BECQUE ; Cass. Civ., 9 novembre 1959, *Bull. Civ.* 1, n° 467, p. 388 ; Cass. Civ., 17 mai 1961, *Bull. Civ.* 1, n° 257, p. 204 ; Cass. Civ., 9 octobre 1962, *D.* 1962-, 724 ; Rouen, 29 octobre 1957, *G.P.* 1958-I, 11 ; Paris, 14 janvier 1963, *G.P.* 1963-I, 454 ; Riom, 29 mars 1966, *D.* 1966, 440.

Sur cette question, voir P. ESMEIN, « Une clientèle de profession libérale est-elle un bien patrimonial », *G.P.* 1952-I, Doct., p. 14 ; JULIEN, *op. cit.* ; P. LECLERQ *Les clientèles attachées à la personne*, n° 166 et s.

(4) Voir Cass. Civ., 20 août 1940, *J.C.P.* 1940, 1578, note P. VOIRIN : « Atendu que le médecin ne fait qu'user d'un droit que ne restreint aucune disposition légale lorsque en contrepartie d'obligations contractées à son égard dans une convention

L'étude des sources et du rôle de l'obligation de non concurrence dans les opérations relatives aux clientèles des professions libérales nous conduira à examiner successivement cette obligation dans les contrats dits de « cession » de clientèles, dans la mise en société de ces mêmes clientèles ainsi que dans les conventions de remplacement.

§ I. — LES CONTRATS DITS DE « CESSION » DE CLIENTÈLES

61. C'est au cours de la première moitié du siècle dernier que les tribunaux eurent à connaître de conventions tendant à transmettre la clientèle de membres de professions libérales. La position prise par l'ensemble de la jurisprudence, et toujours soutenue aujourd'hui, peut s'énoncer en une double proposition. D'une part, la clientèle des professions libérales étant attachée aux professionnels par un lien de confiance personnelle est hors commerce et ne peut faire l'objet d'une cession mais, d'autre part, est considéré comme licite l'engagement pris par le membre d'une profession libérale de présenter son successeur à sa clientèle et de ne pas le concurrencer ainsi que la cession du droit au bail et du matériel professionnel du cabinet.

62. a) La jurisprudence a toujours affirmé qu'une clientèle civile est incessible. Le premier, un jugement du Tribunal civil de la Seine en date du 25 février 1846 déclara « Attendu que la clientèle des médecins dépend de la confiance qu'ils inspirent et du choix que fait d'eux le malade — Attendu qu'aux termes des articles 1126 et 1598 du Code Civil tout contrat doit avoir pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner et en outre qu'il faut que cet objet soit dans le commerce — Attendu que la confiance ne peut se donner et n'est pas dans le commerce — Attendu, en ce qui touche le bail que les deux conventions sont simultanées ; que l'une n'est que l'accessoire de l'autre et que l'une n'existant plus l'autre ne saurait exister davantage — Par ces motifs, déclare nulle la vente susdite et annule toutes les autres conventions » (1).

Le principe ainsi posé est toujours appliqué aujourd'hui, la clientèle d'un membre de profession libérale est déclarée « incessible et hors commerce » (2). Celle-ci ne peut faire l'objet d'une vente. Toute assimilation avec les cessions de fonds de commerce est ainsi écartée.

63. b) En réalité cette interdiction de principe des « cessions » de clientèle n'a que peu de conséquences pratiques, la jurisprudence

il y prend l'engagement de ne plus exercer sa profession dans un rayon déterminé et pendant un certain temps ; que dès lors que cet engagement est ainsi limité dans l'espace et dans le temps, il n'a rien d'illicite comme contraire à l'ordre public.

(1) *D.* 1846-II, 62 ; *S.* 1846-II, 142.

(2) *Cass. Civ.*, 29 avril 1954, *G.P.* 1954-I, 334 ; *Cass. Civ.*, 9 mai 1961, *G.P.* 1961-I, 423, *R.T.D. Civ.* 1962, p. 132.

validant les obligations par lesquelles sont effectivement transmises ces mêmes clientèles.

Le 17 mars 1846, le Tribunal civil de la Seine affirmait : « Sans avoir à examiner si la clientèle d'un médecin reposant sur la confiance est ou non dans le commerce : Attendu en droit qu'il est incontestable que l'obligation prise par un médecin de ne plus exercer sa profession dans un lieu déterminé, d'introduire un autre médecin auprès de ses clients dans cette localité, de l'aider pendant un certain temps à acquérir leur confiance peut faire l'objet d'une convention et, est une cause licite d'obligation contractée par le médecin au profit duquel cet engagement est pris de payer une somme d'argent comme indemnité de cet abandon et de la coopération qui en est la suite. Attendu que par la nature même des engagements pris par le médecin qui renonce ainsi en partie à l'exercice de sa profession, le prix de cette renonciation doit être fixé en raison de l'importance de la clientèle abandonnée... » (1).

L'engagement d'un membre de profession libérale envers un confrère de ne plus exercer sa profession dans un lieu déterminé et d'introduire ce dernier auprès de ses clients est validé par les Tribunaux d'une manière constante (2). Ces conventions ainsi analysées ne révélant pas une atteinte au principe théorique de l'incessibilité de ces clientèles.

La doctrine a toujours souligné la contradiction existant entre les solutions pratiques admises par les tribunaux et les propositions théoriques par lesquelles ceux-ci déclarent la clientèle des professions libérales « incessibles et hors commerce » (3).

Plus encore, on ne peut manquer d'observer le souci de la jurisprudence de valider des conventions dans lesquelles les parties emploient imprudemment l'expression « cession de clientèle », les Tribunaux décidant alors que cette expression impropre ne traduit pas la véritable intention des parties mais « désigne sous une forme assurément incorrecte mais sans équivoque possible, la convention par laquelle le cédant s'engage envers le cessionnaire à le présenter et à le recommander à sa clientèle et à ne lui faire aucune concurrence » (4).

(1) *Dalloz* 1846-III, 62, 2^e espèce.

(2) Req. 13 mai 1861, *D.* 1861-1, 326 ; Cass. Civ., 20 août 1940, *J.C.P.* 1940-II, 1578, note VOIRIN ; Cass. Civ., 16 mars 1943, *J.C.P.* 1943-II, 2289, note VOIRIN, *D.C.* 1943-1, 121, note P.L. P. ; Cass. Com., 17 octobre 1951, *J.C.P.* 1951-II, 6584, *D.* 1953, 145, note MINVIELLE ; Cass. Com., 29 juillet 1952, *J.C.P.* 1952-II, 7146 ; Cass. Civ., 23 janvier 1961, *Bull. Civ.*, I, n° 53, p. 43 ; Cass. Civ., 17 mai 1961, *Bull. Civ.* I, n° 257, p. 204 ; Cass. Civ., 6 février 1962, *Bull. Civ.* I, n° 83, p. 74 ; Rennes, 20 novembre 1964, *G.P.* 1965-I, 56 ; Trib. de Com. Bayonne, 8 janvier 1965, *G.P.* 1965-I, 393.

(3) Voir en particulier J. SAVATIER, *La profession libérale*, Thèse, Poitiers 1947, p. 157 et s.

(4) Lyon, 6 janvier 1958, *G.P.* 1958-I, 392. Dans le même sens, Req. 13 mai 1861, précité ; Paris, 6 mars 1851, *D.* 1851-2, 185 ; Paris, 16 novembre 1927, *D.H.* 1928, 91 ; Paris, 4 octobre 1954, *J.C.P.* 1955-I, 8470, note J. SAVATIER.

64. c) Il est difficile, dans ces conditions, de ne pas conclure à la possibilité effective de transmettre les clientèles des professions libérales, transmission réalisée par plusieurs conventions : cession du matériel et du droit au bail, engagement de faire — présentation à la clientèle — et engagement de ne pas faire — obligation de non concurrence (1).

Pendant la qualification juridique de cette opération se révèle difficile et, par voie de conséquence, le rôle et la source de l'obligation de non concurrence assumée par le « cédant » envers son successeur sont controversés.

65. Une partie de la doctrine qualifie le contrat de « cession de clientèle » de vente et applique à cette convention les dispositions du Code civil relatives au contrat de vente (2). M. Perreau et à sa suite MM. Daniel et Delbert nient l'exactitude de l'opposition faite par la jurisprudence entre les clientèles commerciales et les clientèles des professions libérales. Certes, reconnaissent-ils, ces dernières sont attachées à la personnalité du professionnel mais, à un moindre degré, cela est vrai pour les clientèles commerciales. En réalité ces deux formes de clientèles sont de même nature et doivent obéir au même régime juridique. La « cession » de clientèle civile remarquent ces auteurs se rapproche beaucoup de la cession de fonds de commerce et cette dernière est considérée par notre Droit comme une vente. Aussi, concluent-ils, faut-il considérer le contrat de « cession » de clientèle comme un contrat de vente.

Cette opinion a été récemment soutenue par M. Rossignol (3) au motif que la transmission des éléments matériels du cabinet, laquelle constitue indéniablement une vente, entraîne la transmission de la clientèle parce que constituant l'essentiel du contrat.

Quelles que soient les motivations retenues, l'adoption de la qualification de vente entraîne nécessairement ses partisans à analyser l'obligation de non concurrence du « cédant » comme l'application des

(1) Les Ordres professionnels s'appliquent à reproduire dans des contrats-types les conventions ainsi validées par les tribunaux. Voir en particulier le contrat-type de « Présentation de clientèle » proposé par l'Ordre National des experts comptables et comptables agréés ainsi que le contrat-type de « cession de Clientèle » proposé par le Conseil National de l'Ordre des Médecins. Voir aussi l'article 15 du Code des devoirs professionnels des experts comptables et comptables agréés « Tout membre de l'Ordre peut s'engager vis-à-vis d'un successeur moyennant le paiement d'une indemnité, à faciliter son installation matérielle et à ne pas s'établir pendant un délai déterminé dans un certain rayon autour de son ancienne résidence ».

(2) Voir A. DANIEL, *La cession de clientèle civile*, Thèse, Paris 1928, p. 85 et s. ; J. DELBERT, *Les contrats de transfert de clientèle civile*, Thèse, Paris 1943, p. 190 et s. ; PERREAU, « Nature Juridique des cessions de clientèles civiles », *Recueil de Législation de Toulouse*, 1912, p. 389 et s. ; A. ROSSIGNOL, *J.C.P.*, 1961, Ed. Not. 1614 ; J.-M. AUBY, Dr PEQUIGNOT, R. SAVATIER et J. SAVATIER, *Traité de droit médical*, n° 379 et s.

(3) *Op. cit.*

règles de la garantie légale dans le contrat de vente, solution consacrée par notre jurisprudence dans le contrat de cession de fonds de commerce. L'interdiction de se rétablir du « cédant » n'est que l'expression de l'obligation de garantie qui incombe au vendeur dans toute vente.

Comme dans la cession de fonds de commerce, la « cession » d'une clientèle de profession libérale comporte toujours pour le « cédant » l'obligation de ne pas concurrencer le « cessionnaire », obligation légale qui n'est qu'une application de la garantie du fait personnel à laquelle est tenu tout vendeur.

66. Pour séduisant qu'il soit, ce raisonnement ne peut être retenu, son point de départ étant insoutenable au regard de la jurisprudence. En effet, qualifier le contrat de « cession » de clientèle de vente est en contradiction avec l'affirmation de principe, toujours répétée par les tribunaux, selon laquelle la clientèle des professions libérales est « incessible et hors commerce ». Seule la cession du matériel du cabinet peut être qualifié de vente, mais contrairement à ce qui a été soutenu ce n'est pas dans cette opération qu'il faut voir l'essentiel du contrat et cette qualification ne peut être appliquée au double engagement que prend le « cédant » de présenter son successeur à la clientèle et de ne pas le concurrencer, obligations considérées comme essentielles par la jurisprudence. L'obligation de non concurrence assumée par le « cédant » ne peut donc trouver sa source dans la réglementation légale de la garantie en matière de vente.

La Cour de Paris l'a récemment rappelé en décidant, dans l'hypothèse de la « cession » d'un cabinet dentaire, que « l'action fondée sur une prétendue obligation de garantie ne saurait plus prospérer, dès lors que malgré les termes utilisés par les parties il n'y a pas eu vente entre elles, sauf en ce qui concerne les éléments matériels du cabinet dentaire » (1).

67. D'autres auteurs, repoussant la qualification de vente, mettent l'accent sur l'obligation de non concurrence contractée par le « cédant » et voient dans le contrat de « cession » de clientèle un désistement in favorem à titre onéreux (2). On se trouve en présence, écrit M. Dumouchel (3) d'une obligation de ne pas faire, rentrant dans le cadre des obligations prévues par le Code et échappant aux règles particulières, à cet ensemble spécial d'obligations que renferme un contrat de vente. En résumé, la cession de clientèle n'a pas d'autre sens que celui d'un désistement, d'une renonciation in favorem ».

Dans cette conception, l'objet principal du contrat de « cession »

(1) Paris, 17 novembre 1964, précité.

(2) Voir A. DUMOUCHEL, *Étude juridique de la clientèle des fonds de commerce et des professions libérales*, Thèse, Paris 1907 ; L. EMELINA, *Essai d'une théorie générale sur la clientèle*, Thèse, Montpellier 1907.

(3) *Op. cit.*, p. 63.

de clientèle est l'interdiction contractée par le « cédant » de se rétablir de concurrencer le « cessionnaire ». Il ne peut être question pour ce dernier de se rétablir puisque le contrat tout entier repose sur son obligation de ne plus exercer son activité professionnelle. L'obligation de non concurrence apparaît comme l'objet principal et unique de la convention.

Par un arrêt rendu le 13 mai 1861, la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation (1) a jugé en ce sens en déclarant : « Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que l'objet principal et même exclusif du contrat dont il s'agit était l'interdiction de la médecine par Lombard dans un rayon déterminé... Attendu qu'une telle convention n'a rien d'illicite ». Son bien-fondé est cependant discutable. Il paraît peu réaliste, en effet, de ramener le contrat de « cession » de clientèle à la seule obligation pour le cédant de ne pas concurrencer son successeur. Concevable en l'absence totale de concurrence cette vision de l'opération est incomplète lorsqu'une compétition existe pour la conquête de la clientèle c'est-à-dire dans la majorité des hypothèses. Nous approuvons M. Leclercq lorsque celui-ci écrit que « la réussite de l'opération envisagée de transmission de clientèle est subordonnée à une victoire sur la pression concurrentielle des autres professionnels. C'est par une coopération entre les deux professionnels que cette victoire sera acquise » (2).

L'obligation de faire contractée par le « cédant », généralement de présenter son successeur à la clientèle, ne peut être ignorée. Seule l'heureuse conjonction de ces deux obligations peut atteindre le but recherché par les parties : la transmission de la clientèle.

On peut enfin remarquer qu'admettre que le délaissement du poste professionnel par le titulaire d'une clientèle suffise pour que celle-ci soit transmise à son successeur, revient au système de la vente d'un objet, solution rejetée au départ par ces auteurs. MM. Dumouchel et Emelina pensent écarter cette qualification en opposant le caractère principal de l'obligation de non concurrence dans le désistement in favorem au caractère accessoire de l'obligation de non concurrence analysée comme une obligation de garantie dans le contrat de vente. Mais on a justement relevé le caractère douteux de cette augmentation en remarquant que l'article 1603 du Code civil dispose que le vendeur « a deux obligations principales, celle de délivrer et de garantir la chose qu'il vend ». D'autant plus que le fait de considérer, comme le font ces auteurs, l'obligation de non concurrence comme l'objet principal et unique de l'opération pourrait permettre d'envisager cette obligation sous le double aspect de la délivrance et de la garantie (3).

63. Nécessairement unies par leur identité de but, les obligations contractées par le cédant d'une clientèle de profession libérale forment

(1) *D.P.*, 1861, 326.

(2) *Op. cit.*, p. 102.

(3) Voir LECLERCQ, *op. cit.*, p. 102.

une opération homogène. Cependant, la nature de ce contrat, lorsqu'on a renoncé à y voir une vente ou un désistement in favorem, est difficile à préciser. La majorité de la doctrine a recours à la notion de contrat innommé, qualification dont le mérite principal est de marquer l'indispensable cohésion des diverses obligations souscrites par le « cédant », notamment de l'obligation de présentation et de l'obligation de non concurrence.

La clientèle ne pourra être transmise que si l'ancien professionnel aide activement son successeur à acquérir la confiance dont il bénéficiait lui-même auprès de cet ensemble de personnes. Mais cet engagement de présentation, de patronage, ne peut tendre efficacement à la maîtrise de la clientèle par le successeur que dans la mesure où le « cédant » rompt les liens qui l'unissaient à celle-ci. Car, ici, contrairement à ce que l'on observe en matière de vente de fonds de commerce « l'attrait impersonnel exercé par les biens ne pourrait contrebalancer l'attrance de la personnalité d'un professionnel depuis longtemps connu » (1).

L'indivisibilité de l'obligation de présentation et de l'obligation de non concurrence peut seule assurer aux yeux des clients la continuité du poste professionnel. Une analyse exacte du contrat de « cessions » de clientèle aboutit donc, nécessairement, à considérer que celui-ci a pour objet principal une obligation de présentation à la clientèle et une obligation de non concurrence. L'obligation souscrite par le « cédant » au profit de son cocontractant de ne pas se rétablir dans un secteur déterminé et pour un temps également déterminé est une obligation de ne pas faire contractée à titre principal. Elle ne doit pas être confondue avec l'obligation de garantie existant lors de la vente d'un bien, qualification assurément incorrecte de la « cession » de clientèle, cette dernière n'étant pas l'objet du contrat mais seulement sa cause (2). L'opposition doit être marquée entre l'obligation de non concurrence expression de la garantie du fait personnel assumée par le vendeur d'une chose telle que le fonds de commerce et l'obligation de non concurrence contractée par le « cédant » d'une clientèle de profession libérale qui ne tend pas à garantir une chose mais à mettre le successeur à la place du « cédant ».

Le caractère légal reconnu par notre jurisprudence à l'obligation de non concurrence dans le contrat de vente de fonds de commerce s'oppose, à défaut de texte, au caractère nécessairement conventionnel de l'obligation de non concurrence contractée par le « cédant » d'une clientèle civile. Le caractère innommé du contrat ne devrait pas permettre aux tribunaux de se substituer à la volonté des parties dans le silence de celle-ci.

On doit cependant remarquer, à ce propos, la tendance de la jurisprudence à valider des obligations de non concurrence fort imprécises

(1) Voir LECLERCQ, *op. cit.*, p. 101.

(2) *Contra* : P. VOIRIN, note sous Cass. Civ., 20 août 1940, précité.

et même à sous-entendre cette obligation lorsqu'elle n'est pas expressément stipulée par les parties (1).

Mais, en réalité, on peut se demander si la jurisprudence ne démontre pas par là sa prise de conscience de l'existence d'un nouveau contrat ignoré du législateur mais dont la qualification de contrat innomé est impuissante à masquer l'économie fondamentale, en particulier la prédominance de la « personnalité professionnelle » du « cédant ».

§ II. — L'APPORT EN SOCIÉTÉ D'UNE CLIENTÈLE DE PROFESSION LIBÉRALE

69. Les mêmes raisons que celles invoquées par la jurisprudence pour déclarer les clientèles des professions libérales incessibles et hors commerce ont fait douter de la validité des sociétés dans les professions libérales. En effet, excepté l'hypothèse où la société est constituée entre des professionnels qui n'ont pas encore de clientèle, la société est souvent créée sur la base d'une clientèle déjà existante dont le titulaire demandera aux autres associés une compensation en matériel, en argent ou en parts sociales. N'est-ce pas alors comprendre la clientèle parmi les choses dans le commerce? (2).

Les solutions de la jurisprudence ne sont pas uniformes. La validité de la mise en société de certaines clientèles de professions libérales n'a jamais été mise en doute. Il en est ainsi pour les clientèles des agents d'affaires, experts comptables, comptables agréés, architectes et vétérinaires (3).

Dans les autres professions notamment pour les sociétés de médecins (4) la tendance de la jurisprudence a été longtemps de conclure à leur nullité. Les Tribunaux ont, aujourd'hui, dans leur ensemble abandonné une telle position.

Le doute n'est plus permis depuis la loi du 29 novembre 1966 (5) relative aux sociétés civiles professionnelles par laquelle le législateur

(1) Voir Paris, 3 août 1894, *S.* 1896-2, 158 : « Attendu que le contrat obligeait certainement quoique implicitement le Dr B à cesser l'exercice de la médecine ».

Voir aussi Tribunal Civ., Foix, 31 mars 1948, précité ; Lyon, 6 janvier 1958, précité.

(2) Sur cette question, voir LECLERCQ, *op. cit.*, p. 110 et s. ; J. SAVATIER, *op. cit.*, p. 171 et s. ; A. JOLY, « Les sociétés et associations de médecins », *D.* 1953, *Doctr.*, p. 141 ; DELBERT, *op. cit.*, n° 106 et s.

(3) Voir Tribunal Civil de la Seine, 14 novembre 1923, *D.H.* 1924, 98.

(4) Le terme « association » est souvent préféré à celui de société. Cette qualification est impropre car l'association est caractérisée par un but désintéressé contrairement à la société qui a pour but la réalisation et le partage des bénéfices.

(5) Loi n° 66 879, *J.O.* 30 novembre 1966, p. 10451, *D.* 1966, *Législ.*, p. 422 et s. La loi distingue deux types de sociétés. D'une part les sociétés de « moyens » ou de « services » ayant pour objet exclusif de faciliter à chacun de leurs membres l'exercice de son activité (art. 36). D'autre part les « sociétés civiles professionnelles » qui sont des membres de la profession au même titre que les personnes physiques. Les sociétés exerçant la profession « par l'intermédiaire d'un de leurs membres ayant qualité pour exercer cette profession » (art. 2, alinéa 3).

consacre la validité de la mise en société des clientèles des professions libérales sans aucune exclusive.

Cependant la qualification juridique de l'apport de la clientèle des professions libérales en société reste incertaine, la théorie de l'apport en nature étant difficilement conciliable avec la nature juridique de la maîtrise sur la clientèle alors que la théorie de l'apport en industrie, mieux adaptée à la nature de l'apport de clientèle soulève de délicates questions notamment au regard de la nouvelle législation relative aux sociétés civiles professionnelles (1).

70. Cette incertitude rejaillit sur le problème de l'existence et de la source de l'obligation de non concurrence assumée par l'apporteur d'une clientèle non pas tant pour le temps de sa participation à la société que pour l'époque qui suivra son départ.

Quelle que soit l'analyse faite de l'apport de clientèle — apport en nature ou apport en industrie — l'apporteur est certainement tenu pendant sa participation à la société, de ne pas concurrencer celle-ci. L'obligation de non concurrence ainsi mise à la charge de l'associé apporteur de clientèle trouve sa source dans les articles 1845 et 1847 du Code civil aux termes desquels tout apporteur est garant de son apport. Elle est expressément prévue par l'article 4 de la loi du 29 novembre 1966 qui dispose : « Tout associé ne peut être membre que d'une seule société civile professionnelle et ne peut exercer la même profession à titre individuel ». De nature légale, l'obligation de non concurrence n'est alors qu'une application du principe selon lequel « chaque associé est le débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter » (2).

Au contraire, la qualification de l'apport de clientèle dans une société de profession libérale est déterminante quant à la liberté de concurrence de l'associé à la dissolution de la société ou lorsque, cédant ses parts sociales, il se retire de la société.

Envisagé comme un apport en nature, l'apport de clientèle oblige l'apporteur dans les mêmes conditions qu'un vendeur. Tenu de la garantie de son fait personnel pour le bien apporté, l'associé ne pourra alors exercer après son retrait une activité concurrente de celle de la société. L'obligation de non concurrence est d'origine légale.

A l'inverse, analysé comme un apport en industrie, l'apport de clientèle n'impose aucune obligation de non concurrence de plein droit à l'ancien associé apporteur qui s'est retiré de la société, l'obligation dont il était tenu pendant sa participation à la société s'éteignant avec son retrait.

(1) La difficulté semble extrême car d'un côté la loi prévoit que cette société aura un capital divisé en parts cessibles (article 9) et de l'autre que ce capital ne peut être représenté par des apports en industrie (article 10). Il apparaît pourtant en réalité que les apports en industrie sont dans les professions libérales, les apports essentiels : présentation à la clientèle et engagement de non concurrence.

Voir J.C. GOLDSMITH, « A propos du projet de loi sur les sociétés civiles professionnelles », D. 1966, chron. p. 37 et s.

(2) Article 1845, *Code Civil*.

Cette solution est dangereuse dans la mesure où l'incidence du départ de l'associé sur la clientèle peut être fort importante (1).

Aussi le contrat de société prévoit-il toujours par une clause une obligation de non concurrence à la charge de l'associé sortant, obligation conventionnelle dont la validité est subordonnée à son caractère relatif (2).

§ III. — LES CONVENTIONS DE REMPLACEMENTS

71. La convention de remplacement est destinée à assurer la suppléance provisoire d'un professionnel momentanément empêché d'exercer sa profession ou désirant prendre des vacances. Afin de conserver sa clientèle, le professionnel va par convention charger un confrère de le remplacer auprès de ses clients. Cette opération est particulièrement fréquente chez les médecins.

La nature juridique de la convention de remplacement reste discutée (3). Les notions de mandat, de louage d'ouvrage, de louage de services ou de société ont été proposées pour tenter de l'expliquer.

Un point cependant doit retenir l'attention. Comme dans le contrat de location gérance de fonds de commerce, avec lequel il présente une analogie certaine, le contrat de remplacement consiste essentiellement en une transmission temporaire de clientèle, le remplaçant devenant momentanément titulaire de la clientèle du remplacé « il en devient si on ose le dire le dépositaire et doit faire en sorte de la conserver en vue de la rendre lorsque le contrat arrivera à son terme » (4). En remettant entre les mains d'un confrère sa propre clientèle le remplacé entend que le remplaçant n'utilise pas le remplacement pour détourner cette clientèle.

Ainsi se pose le problème de la liberté de concurrence des parties à une convention de remplacement.

72. Pendant l'exécution du contrat le remplaçant est tenu, sauf convention contraire, de consacrer toute son activité à la conservation de la clientèle qui lui a été confiée. De cette obligation résulte

(1) Les articles 20 et 21 de la loi du 29 novembre 1966 prévoient pour l'associé la possibilité de céder ses parts sociales mais n'imposent à celui-ci aucune obligation de non réinstallation, semblant ignorer ainsi le danger d'une concurrence de l'associé sortant au regard de la clientèle de la société qu'il quitte.

(2) Voir Projet type de contrat d'association entre médecins proposé par le Conseil National de l'Ordre des médecins, article 16 : « Si l'un des médecins veut cesser d'exercer en clientèle dans le pays, il le pourra à tout moment à condition de prévenir son associé par lettre recommandée un an avant la date choisie. Il ne pourra pas exercer en clientèle dans un rayon de ... pendant ... ans après la cessation de son activité dans l'association ».

(3) Voir J. SAVATIER, *op. cit.*, p. 168 ; J.-M. AUBY-Dr PEQUIGNOT, R. SAVATIER et J. SAVATIER, *op. cit.*, n° 393 ; Dr BOUDIN, « Nature juridique du contrat de remplacement médical », *Sem. Jur.* 1933, p. 873.

(4) P. VOIRIN, Note sous Cass. Civ., 16 mars 1943, *J.C.P.* 1943-I, 2289.

l'interdiction pour le remplaçant d'exercer son activité professionnelle pour son propre compte pendant la durée de la convention. Interdiction dont le fondement se trouve dans le contrat de remplacement lui-même. Il est, de même, unanimement admis que l'équilibre de la convention implique pour le remplacé la cessation de son activité professionnelle auprès de la clientèle transmise momentanément à son confrère. Une obligation de non concurrence réciproque pèse donc sur chacune des parties au contrat de remplacement pendant l'exécution de celui-ci, obligation dont le principe n'a pas besoin d'être explicitement énoncé dans le contrat.

A l'expiration du contrat la concurrence du remplaçant peut être redoutable pour le remplacé notamment si le premier ouvre un cabinet dans la localité où s'est effectué le remplacement. A cet effet, les conventions contiennent généralement une clause par laquelle il est fait défense au remplaçant de concurrencer le confrère qu'il a suppléé. Cette obligation conventionnelle de non concurrence est validée par la jurisprudence dans la mesure où elle est limitée soit quant au temps soit quant aux lieux (1).

(1) En matière de remplacement médical, l'article 69 du Code de déontologie interdit l'installation d'un médecin pendant un délai de deux ans dans un poste où il pourrait rentrer en concurrence directe avec un confrère qu'il a remplacé. L'obligation de non concurrence a alors un caractère réglementaire. Voir Conseil d'État, 9 février 1966, *J.C.P.* 1966-II, 14623.

CHAPITRE II

L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE DANS LES CONTRATS CONCERNANT UN ÉLÉMENT DU POSTE PROFESSIONNEL

73. A côté de la protection directe de la clientèle dans les contrats concernant la totalité du poste professionnel est apparue la nécessité d'une protection indirecte de celle-ci dans les contrats concernant un élément du poste professionnel.

L'obligation de non concurrence traduit dans ce cas le souci de neutraliser la concurrence d'un contractant qui, par un contrat, participe à la vie du poste professionnel.

La qualification juridique des sources de l'obligation de non concurrence dans les contrats concernant un élément du poste professionnel est souvent malaisée. L'incertitude sur le caractère légal ou volontaire de l'obligation suscite de nombreuses difficultés que le recours aux règles du droit commun des contrats, spécialement au droit de la garantie ne permet pas de résoudre.

Le caractère incertain des solutions retenues par le droit positif apparaîtra tant dans l'étude de l'obligation de non concurrence dans les contrats concernant un élément matériel du poste professionnel que dans celle des contrats concernant un élément personnel du poste professionnel.

— SECTION I — *L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant un élément matériel du poste professionnel.*

— SECTION II. — *L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant un élément personnel du poste professionnel.*

Section I. — L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant un élément matériel du poste professionnel.

74. Lorsque le propriétaire d'un immeuble donne à bail un local à usage commercial, il fournit ainsi un élément matériel du poste professionnel du preneur. En pratique il lui sera souvent demandé de prendre l'engagement de ne pas concurrencer le preneur, titulaire du poste professionnel, soit en s'établissant lui-même, soit en louant dans le même immeuble un local à une personne exerçant la même activité que le premier locataire. Fréquentes, de telles clauses, sont soumises aux conditions générales de validité des conventions restrictives de concurrence. En leur absence, dans le silence du bail, le bailleur est-il tenu d'une obligation de non concurrence envers le preneur? La nature du contrat, le contenu des obligations du bailleur, imposent-ils à ce dernier l'obligation de ne pas concurrencer le preneur? Existe-t-il à sa charge une obligation de non concurrence de droit? La question est fort controversée.

Comme dans le contrat de vente de fonds de commerce la question a été posée de savoir, si en l'absence de dispositions conventionnelles créatrices d'une obligation de non concurrence, il n'existerait pas une obligation légale de non concurrence à la charge d'un contractant, obligation imposée par la réglementation légale du contrat. Pour répondre à cette question la doctrine et la jurisprudence, suivant en cela la même démarche de pensée que celle effectuée pour ce même problème dans le contrat de vente de fonds de commerce, analysent les obligations des contractants et en particulier l'obligation de garantie dans le louage de choses.

Une partie de la jurisprudence et de la doctrine se refuse à mettre à la charge du bailleur une obligation légale de non concurrence. Seul ce dernier peut contractuellement limiter sa liberté par une convention accessoire au bail. A l'opposé, un courant doctrinal et jurisprudentiel soumet le bailleur à l'obligation de ne pas faire concurrence au preneur soit en exerçant personnellement une activité identique, soit en consentant la location dans le même immeuble ou dans un immeuble voisin lui appartenant, d'un local pour l'exercice d'un commerce concurrent.

Enfin, on a pu se demander si le bail d'un local commercial ne constituait pas, dans certaines hypothèses, une location de fonds de commerce. Auquel cas, le bailleur serait tenu des obligations du loueur de fonds de commerce, notamment d'une obligation légale de non concurrence envers le preneur.

Aussi avant de rechercher l'existence sur la tête du bailleur d'une obligation de non concurrence dans le bail de local commercial, il nous faut vérifier l'unité de la qualification juridique de ce contrat.

§ I. — QUALIFICATION JURIDIQUE DU BAIL COMMERCIAL

75. La situation du local dans lequel est exploité un fonds de commerce est certainement un facteur important des relations du public avec ce fonds. On peut dire que la jouissance d'un local est souvent une source de clientèle. D'ailleurs cette réalité a été reconnue par le législateur, en effet, c'est en considération du lien étroit qui existe entre la clientèle d'un fonds de commerce et le lieu où est exploité le fonds que la loi a créé un droit au renouvellement du bail au profit du preneur d'un local commercial.

D'autre part, à côté de l'hypothèse du bail portant sur un local « polyvalent », sans destination commerciale précise et ne comportant aucune installation particulière, il arrive fréquemment que les locaux donnés à bail comportent des installations qui les destinent à un commerce déterminé. Le bailleur confie au preneur non plus les seuls murs, mais un local organisé en vue d'une affectation déterminée et comprenant le mobilier et l'outillage nécessaire à l'exploitation d'un commerce spécialisé. « On ne peut nier, écrit M. Delmas-Saint Hilaire, que le bail d'un tel local spécialement aménagé va assurer au preneur dès son installation une jouissance bien voisine de celle dont il aurait bénéficié si la location avait porté sur le fonds de commerce lui-même. La situation géographique privilégiée du local, son agencement interne, sont à eux seuls source de clientèle » (1).

On comprend dès lors, qu'ait pu se poser, à propos du bail des immeubles spécialement organisés en vue d'une exploitation déterminée, la question de savoir si le fonds exploité dans les lieux loués appartient au propriétaire de l'immeuble et se trouve à ce titre compris dans le bail ou s'il est au contraire la propriété du preneur (2).

Autrement dit le bail d'un local spécialisé comprenant des installations particulières s'analyse-t-il en un bail d'immeuble ou en une location de fonds de commerce (3)?

Au premier abord, la réponse à une telle question ne semble pas soulever de difficultés particulières. En bonne logique, un fonds de commerce ne peut être loué que dans la mesure où il préexiste à cette location. Ne suffit-il pas, remarque M. Cohen, de rechercher en fait si

(1) *Op. cit.*, p. 53, n° 76.

(2) Voir COHEN, « La propriété du fonds de commerce exploité dans des immeubles spécialisés », *J.C.P.* 1955-1, 1222.

(3) Sur la question, voir BERAUD, Note sous Tribunal Civil de Marseille, 23 mai 1952, *J.C.P.* 1953, 7777 ; COHEN, « La propriété du fonds de commerce exploité dans des immeubles spécialisés », *J.C.P.* 1955, S. 1222 ; DELMAS-SAINT-HILAIRE, *L'exploitation, l'exploitant dans la loi et la jurisprudence contemporaines*, Thèse, Paris 1956, n° 75 et s. ; VOIRIN, « Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation spécialement dans le bail du fonds de commerce », *R.T.D. Civ.*, 1931, p. 285 et s.

le fonds exploité par le locataire a ou non une origine antérieure à la conclusion du bail (1)?

Seulement, en réalité, cette investigation nécessite le recours à la notion même de fonds de commerce particulièrement au fait de savoir à partir de quel instant et à quelles conditions existe un fonds de commerce.

76. En présence d'un bail de local spécialement aménagé pour une industrie déterminée, certains auteurs, approuvés en cela par une partie de la jurisprudence, décident que l'on est en présence de la location d'un fonds de commerce (2). En effet, disent-ils, le fonds de commerce est un ensemble d'éléments destinés à attirer la clientèle, mais celle-ci, insusceptible d'appropriation privée ne peut être considérée comme un élément constitutif du fonds. La clientèle est un moyen de réaliser des bénéfices, elle constitue le but de l'exploitation du fonds de commerce, mais elle n'est pas un élément indispensable à l'existence du fonds lui-même. Cette fin sera réalisée parfois par la personnalité de l'exploitant, élément subjectif, mais aussi non moins souvent par des éléments objectifs indépendants de la personne du titulaire du fonds, c'est le cas lorsque la clientèle est attachée au local dans lequel s'exerce le commerce, ou à l'outillage, à l'aménagement des locaux commerciaux. En mettant entre les mains du preneur les éléments aptes à attirer et à retenir la clientèle le bailleur d'un immeuble spécialisé loue en réalité un fonds de commerce (3). Cette conception statique du fonds de commerce, ensemble d'éléments aptes à attirer la clientèle, celle-ci, étant non une composante mais la fin de l'exploitation permet à M. Beraud d'affirmer que « la location d'un ensemble de biens unis en un organisme de production, toute considération de clientèle antérieure se trouvant éliminée, est le bail d'un fonds de commerce en l'absence même d'exploitation préalable. L'existence parmi cet ensemble d'un immeuble spécialement aménagé, apte à une fonction de production et pôle d'attraction pour la clientèle (moulin, cinéma, théâtre, grands garages ou grands magasins, établissement de bains, entrepôt frigorifique...) permet de dire avec certitude que l'on a glissé du terrain du louage de choses sur celui du louage du fonds » (4).

Ce raisonnement a été adopté par une partie de la jurisprudence. Le Tribunal de Metz a jugé le 1^{er} avril 1953 « que l'installation parti-

(1) COHEN, *J.C.P.* 1955-1, 1222, précité.

(2) Cf. BERAUD, Note précitée, et « Les immeubles industriels ou commerciaux spécialisés », *Annales* 1952, p. 522, et 1953, p. 50 et s. ; et les auteurs cités.

(3) M. BERAUD (sous Tribunal Civil Marseille, 23 mai 1952, *J.C.P.* 1953-II, 7777) note qu'en pratique, souvent le bail du local aménagé vient se confondre avec le bail de l'exploitation commerciale. Notamment le prix qu'est disposé à payer le preneur d'un tel local sera très élevé et beaucoup plus proche de la redevance que doit le locataire du fonds que du loyer payé par l'occupant d'un local « polyvalent ».

(4) BÉRAUD, note précitée.

culière de l'immeuble l'emporte de beaucoup sur les autres éléments... et peut même constituer le fonds à elle seule » (1).

77. Dans cette conception, la présence ou l'absence de la clientèle est indifférente, celle-ci n'étant pas considérée comme un élément constitutif du fonds de commerce. Le critère qui permettra de distinguer la location du fonds, du bail du local est trouvé dans l'aptitude des biens confiés à la jouissance du preneur à attirer la clientèle (2). Raisonnement qui conduit dans notre problème particulier à reconnaître au bailleur d'un tel local l'obligation de ne pas concurrencer le preneur et cela même en l'absence d'une disposition conventionnelle restrictive de sa liberté à ce sujet. En effet, le loueur d'un fonds de commerce est tenu d'une obligation légale de non concurrence (3).

78. De nombreuses critiques ont été formulées à l'encontre de cette théorie. Il faut tout d'abord constater qu'elle est en contradiction avec la majorité de la doctrine et de la jurisprudence pour lesquelles la clientèle est un élément du fonds de commerce. Plus encore, la clientèle est présentée traditionnellement comme l'élément essentiel, le noyau central autour duquel gravitent les autres éléments du fonds de commerce (4). « Le bail de locaux à usage d'exploitation, écrit M. Voirin, demeure distinct du bail ayant pour objet l'exploitation elle-même car il procure au preneur un moyen d'exploitation mais non pas l'élément essentiel du fonds de commerce, la clientèle » (5).

D'autre part, l'analyse de la notion de fonds de commerce, entité incorporelle, ne semble pas pouvoir être ramenée à un agrégat d'éléments corporels, solution à laquelle aboutit la théorie critiquée en qualifiant de fonds de commerce les installations affectées par le bailleur à l'activité professionnelle du preneur (6).

Enfin un dernier argument peut être trouvé dans la loi du 18 février 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement.

L'article 1^{er}, alinéa 2 de ce texte dispose que « si l'acquéreur a la qualité de commerçant ce nantissement est soumis — en principe — aux règles édictées par la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce sans qu'il soit nécessaire d'y comprendre les éléments essentiels du fonds ». C'est dire, par a contrario,

(1) Tribunal Civil de Metz, 1^{er} avril 1953, *J.C.P.* 1953-IV, 119. Dans le même sens : Cass. Com., 2 août 1949, *J.C.P.* 1949-II, 5188, note SAINT ALARY ; S. 1950-1, 81, note A. COHEN ; Rennes, 23 novembre 1948, *G.P.* 1949-1, 93 ; Rennes, 19 décembre 1952, *J.C.P.* 1953-IV, 152.

Voir aussi Paris, 12 juin 1928, *D.P.* 1929-2, 33 (1^{re} espèce), note L. MAZEAUD, qui assimile la cession du bail du local à la vente de l'exploitation commerciale.

(2) Voir notes J. HEMARD, *J.C.P.* 1950-II, 5337, et *J.C.P.* 1949-II, 4706.

(3) *Supra*, p. 48 et s.

(4) *Supra*, p. 32 et les références.

(5) *R.T.D. Civ.* 1931, *op. cit.*

(6) Voir Cass. 26 mars 1952, *Bull. Civ.*, I-113 ; Colmar, 28 mai 1952, *D.* 1952, 528.

que le matériel ne peut être considéré comme un élément essentiel du fonds de commerce, ni à plus forte raison comme le fonds lui-même (1).

A ces critiques sur le plan juridique s'ajoute, pensons-nous, un argument pratique. Le critère choisi, l'aptitude des éléments confiés par le bailleur au preneur à attirer la clientèle, nous semble devoir être la source de difficultés pratiques insurmontables. En effet, doit-on s'attacher au fait que cette aptitude a déjà été vérifiée, un fonds ayant été antérieurement exploité dans les mêmes locaux, ou bien en l'absence de référence au passé présumera-t-on la force d'attraction exercée sur la clientèle par les installations louées? D'autre part, il est évident que tout local même non spécialisé présente une aptitude à attirer une clientèle. Le bail portant sur des murs nus situés dans une rue commerçante sera pour un commerce de détail l'assurance d'une certaine quantité de clientèle. Devra-t-on le considérer alors comme réalisant la location d'un fonds de commerce? Autant de questions auxquelles il paraît difficile d'apporter des réponses satisfaisantes et qui justifient sur le plan pratique le rejet du critère adopté par la théorie critiquée.

79. Un deuxième courant doctrinal a tenté de justifier la qualification de location de fonds de commerce donnée au bail d'un local commercial spécialisé en se plaçant, non sur le plan des éléments constitutifs du fonds de commerce, mais sur la détermination du moment de la création du fonds de commerce. Les partisans de cette théorie, éliminant ainsi le reproche de la doctrine et de la jurisprudence dominantes, ne contestent pas que le fonds de commerce suppose une clientèle. Mais, soutiennent-ils, l'existence de cette clientèle peut être virtuelle, il suffit d'une « possibilité de clientèle » non d'une clientèle acquise. « La création du fonds, écrit M. Weill, n'implique pas la naissance d'un organisme en état de fonctionnement en rapport avec la clientèle, il suffit qu'après la réunion des éléments constitutifs du fonds il y ait possibilité de toucher ultérieurement une clientèle » (2). En organisant un local pour l'exercice d'une activité déterminée le bailleur procure au preneur une clientèle virtuelle. Il ne donne pas à bail un simple local commercial, mais un véritable fonds de commerce.

80. Cette argumentation a été critiquée et n'est pas admise par la jurisprudence dominante. M. Cohen s'élève contre cette théorie car, dit-il, « un fonds possible n'est pas un fonds déjà né... La notion de clientèle ne peut être dissociée de celle d'exploitation et par la suite le créateur du fonds de commerce est celui qui, après avoir réuni les éléments constitutifs, les a mis en activité par une exploitation effective » (3).

(1) Cet argument est développé notamment par M. COHEN, *J.C.P.* 1955-1, 1222, précitée.

(2) Note sous Chambéry, 24 novembre 1953, *J.C.P.* 1954-II, 8294.

(3) A. COHEN, *J.C.P.* 1955, précité.

La jurisprudence s'est toujours rattachée au critère d'exploitation pour déterminer l'existence du fonds de commerce. Cette position est illustrée par un jugement du Tribunal Civil de Marseille qui avait à déterminer la qualification juridique d'un contrat de bail ayant pour objet une salle de spectacle aménagée en vue de la projection de films cinématographiques. Le Tribunal refuse de voir dans ce contrat une location de fonds de commerce, car « la création d'un fonds de commerce n'est pas réalisée lorsque le bail porte sur un immeuble spécialement aménagé en vue de l'exploitation d'un commerce déterminé avec le matériel et les marchandises nécessaires au fonctionnement du fonds, tant qu'une clientèle même embryonnaire n'est pas incorporée au fonds... ; il faut un commencement d'exploitation pour qu'il y ait création d'un fonds » (1).

En définitive, on peut affirmer l'unité de qualification juridique des baux de locaux commerciaux. Le fait que le bail porte sur un immeuble spécialisé ne permet pas d'y voir une location de fonds de commerce « il n'y a qu'un bail de locaux sans que l'aménagement à usage d'exploitation qu'ont reçu ceux-ci modifie en quoi que ce soit la nature du louage » (2).

C'est donc dans l'analyse du bail d'immeuble à usage commercial qu'il faut rechercher la présence ou l'absence de justification de l'obligation légale de non concurrence du bailleur envers le preneur.

II. — ANALYSE DE L'OBLIGATION DE GARANTIE DU BAILLEUR D'IMMEUBLE

81. En l'absence de règles particulières le bail commercial est régi par les dispositions du droit commun. L'obligation de garantie du bailleur sera celle qui est prévue par l'article 1719 C. civ. aux termes duquel le bailleur « par la nature même du contrat et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière » s'oblige à faire jouir paisiblement le preneur de la chose louée. En particulier, le bailleur est garant de son fait personnel, aussi bien du trouble de fait que du trouble de droit qu'il commettrait contre la jouissance du preneur.

Peut-on trouver dans cette obligation le principe d'une interdiction de concurrence à la charge du bailleur au profit du preneur?

La question est fort débattue (3).

(1) Tribunal civil Marseille, 23 mars 1952, *J.C.P.* 1953-II, 7777, obs. BÉRAUD (1^{re} espèce). Dans une affaire semblable, le Tribunal Civil de Modène a jugé en sens contraire en estimant que la convention litigieuse s'analysait en une location de fonds de commerce (Tr. Civ. Modène, 26 octobre 1951, 2^e espèce). Cette position peut être soutenue en droit italien, la Cour Suprême décidant que « la clientèle n'est pas un élément constitutif essentiel du fonds de commerce. Elle peut être l'élément révélateur et non l'élément nécessaire. Le fonds peut donc exister même si en état de formation récente il n'a pas encore commencé à fonctionner » (15 juillet 1953, *Annales* 1954, 248).

(2) VOIRIN, *R.T.D. Civ.* 1930, *op. cit.*

(3) BÉRAUD, « L'obligation de ne pas concurrencer le locataire en place. » *Annales* 1958, p. 333 ; DE JUGLART, « Concurrence entre les locataires d'un même proprié-

82. D'éminents auteurs ont soutenu, en analysant l'obligation de garantie du bailleur, l'existence d'une obligation légale de non concurrence à la charge du bailleur de local commercial (1). L'interdiction pour le bailleur de faire personnellement concurrence au preneur est admise comme une évidence. « Il est certain que le bailleur manquerait à son obligation de garantie s'il faisait lui-même concurrence au locataire en exploitant ou en faisant exploiter à son profit une industrie rivale ou similaire » (2).

Les raisons avancées à l'appui de cette affirmation sont nombreuses. La principale est l'interprétation de l'article 1719-3° du code Civil. Celui-ci impose au bailleur d'éviter tous les actes par lesquels il diminuerait les avantages matériels et moraux résultant pour le preneur de la jouissance des lieux loués. Raisonnant par analogie, Esmein déclare que l'établissement d'un concurrent est pour un locataire commerçant un trouble au moins aussi grave que l'installation dans un immeuble loué bourgeoisement d'une industrie bruyante, ce dernier fait étant sanctionné par l'obligation de garantie du bailleur. On rappelle de même les décisions interdisant au bailleur tout acte modifiant si peu que ce soit la forme non seulement de la chose louée mais de ses accessoires (3) et l'interdiction faite au bailleur de consentir une nouvelle location susceptible d'accroître notablement l'affluence des visiteurs dans l'immeuble (4). « Que sont ces inconvénients, écrit M. Tunc, a côté du préjudice que souffre un commerçant lorsqu'il voit un magasin concurrent s'ouvrir à côté du sien et comment ne pas imposer au bailleur de lui éviter ce préjudice? » (5). Comment ne pas admettre une telle solution lorsqu'on sait que les lois sur la propriété commerciale ont dégagé le principe général selon lequel le bailleur ne doit pas porter atteinte à la valeur du fonds, ni ne peut en profiter. Permettre au bailleur de concurrencer le preneur, c'est l'autoriser à anéantir ou à diminuer la valeur du fonds, c'est l'inciter à refuser le

taire et les obligations de celui-ci », *A.J.P.I.* 1956-I, 95 ; GEORGE, « Un même commerce peut-il être exercé par deux locataires dans le même immeuble? », *Annales* 1958, 19 ; LE GALL, *L'obligation de garantie dans le louage des choses*, Thèse, Paris 1962, n° 55 et s. ; TUNC, in M. PLANIOL et RIPERT, 2^e édition, T. X, n° 515 et s., et note D. 1954-9.

(1) P. ESMEIN in AUBRY et RAU, 6^e édition, T. V, p. 213 ; TUNC, in PLANIOL et RIPERT, 2^e édition, T. X, n° 515.

Note sous Paris, 10 juin 1953, D. 1954-9. L'admission de cette obligation de non-concurrence est cependant rejetée si l'entreprise concurrente exploitée par le bailleur ou par un colocataire existe au moment de la prise à bail par le nouveau locataire.

De même, il faut remarquer que la question ne se pose qu'au seul cas où la seconde installation cause un préjudice commercial au locataire en place.

(2) TUNC in PLANIOL et RIPERT, précité.

(3) Voir Cass. Civ., 22 mars 1961, *A.J.P.* I-II, 157, G.P. 1961-I, 428, obs. CARBONNIER ; Soc. 4 février 1955, *Bull. Civ.* 1955-IV, 68 ; Soc. 25 mars 1954, D. 1954, 364 ; Req. 3 novembre 1924, D.H. 1924, 649 ; Cass. Civ. 25 juillet 1922, D. 1922-1, 154 ; Paris, 31 octobre 1957, G.P. 1957-II, 397 ; Paris, 21 octobre 1954, 774 ; Montpellier, 22 juin 1949, D. 1949, 614.

(4) Paris, 15 mars 1894, D.P. 1894-2, 288.

(5) TUNC, Note D. 1954, 9, précitée.

renouvellement du bail en ne réglant qu'une indemnité peu importante (1). Que l'on n'objecte pas, concluent ces auteurs, que cette solution est contraire aux prérogatives du propriétaire sur son bien ou au principe de la liberté commerciale, ces arguments ne peuvent être soutenus puisque nul ne conteste que le bailleur puisse contractuellement limiter sa liberté à ce sujet (2).

83. Ce raisonnement ne pouvait s'appliquer exclusivement à la concurrence directe du bailleur. La logique imposait d'admettre la même solution lorsque la concurrence résulte d'un colocataire à qui le bailleur a consenti la jouissance d'un local (3). En s'appuyant sur l'interdiction pour le bailleur d'exercer un commerce similaire de celui du preneur cette même doctrine a élargi cette obligation à la concurrence provenant d'un colocataire. L'argumentation est aisée. Il est difficile de ne pas constater l'identité du préjudice résultant de l'exercice d'une activité concurrente par le bailleur avec celui découlant de la concession par ce dernier d'un bail à un concurrent du preneur. Certes le préjudice causé l'est d'une manière indirecte, mais il a néanmoins sa source dans un fait personnel du bailleur ; le locataire n'apparaît que comme une personne interposée (4). Les conséquences de l'établissement d'un locataire concurrent seront identiques dans leur nocivité. Elles se résumeront en une grave atteinte portée à la valeur de l'exploitation du preneur. Enfin, l'interdiction — admise à priori — faite au bailleur d'exploiter personnellement un commerce similaire porte plus gravement atteinte à sa liberté et à ses prérogatives « puisqu'elle lui interdit d'exercer une certaine activité commerciale dans ses propres locaux alors que cette seconde solution lui interdit seulement de consentir des locations à une certaine catégorie de personnes, mais ne lui interdit nullement de louer à toutes autres » (5).

Aussi, pour ces auteurs, l'obligation de garantie du bailleur de local commercial oblige ce dernier à ne pas concurrencer le preneur ni directement en exploitant un commerce similaire, ni indirectement en consentant la location dans le même immeuble ou dans un immeuble voisin lui appartenant d'un autre local pour l'exercice d'une activité concurrente de celle du premier locataire, obligation dont la source se trouve dans « la nature du contrat sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière » (6).

84. Depuis plus d'un siècle de nombreuses juridictions ont statué en ce sens. Le 1^{er} décembre 1863 la Chambre des Requêtes de la Cour

(1) Voir TUNC, Note précitée.

(2) Voir TUNC, Note précitée.

(3) Voir cependant, pour une solution contraire, *Encyclopédie Dalloz*, Droit Commercial, « Concurrence déloyale », n° 53.

(4) Cf. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit du contrat*, Thèse, Nancy 1962, p. 251, n° 262.

(5) TUNC, note précitée.

(6) Art. 1719 C. Civ.

de cassation analysant l'obligation de garantie du bailleur décide « qu'il est incontestable que le bailleur doit faire jouir paisiblement le preneur de la chose louée et qu'il découle de ce principe, que dans le cas où la chose louée est une usine, le bailleur ne peut élever contre l'industrie du preneur une concurrence inattendue qui amoindrisse les profits que ce dernier a pu légitimement espérer de l'exercice de son bail » (1). Le bailleur ne peut exercer personnellement une activité concurrente de celle de son locataire (2) ni consentir une location à un tiers pour l'exercice d'une activité concurrente de celle du preneur (3). Cette dernière solution a été réaffirmée par la Cour de cassation le 24 mai 1957 (4) « le bailleur, décide la Cour, est tenu par la loi à assurer à son locataire une jouissance paisible, (et donc implicitement) obligé en contrepartie à le prémunir lui-même contre la concurrence en ne consentant pas à l'avenir de location similaire » (5). Le fondement de l'obligation de non concurrence se trouve dans la garantie de droit due par le bailleur au preneur aux termes de l'article 1719 C. civ.

35. Cette thèse est vivement critiquée par une partie de la doctrine (6) et la jurisprudence la plus récente a consacré une solution contraire. Écartant l'argument tiré des lois sur la propriété commerciale — qui ne peut être retenu pour l'interprétation des textes du Code civil — les auteurs portent leurs efforts sur l'analyse de l'article 1719 C. civ. On ne peut nier, reconnaissent-ils que l'obligation de garantie du bailleur s'étende à toute la jouissance promise, mais il est non moins évident que l'obligation de faire jouir n'est pas illimitée, elle est restreinte à la seule jouissance promise. Cette jouissance s'étend-elle aux profits espérés par le preneur? On ne saurait le soutenir. En effet, le bailleur donne à bail un local pour l'exercice d'un com-

(1) *Dalloz*, 1864-1, 160.

(2) Req. 20 février 1929, *S.* 1929-1, 192 ; Req. 28 octobre 1895, *D.P.* 1896-1, 500, *S.* 1896-1, 293 ; Colmar, 11 mai 1926, *G.P.* 1926-1, 303 ; Dijon, 5 mai 1875, *S.* 1875-2, 142 ; Bordeaux, 7 novembre 1873, *D.P.* 1874-2, 136.

(3) Paris, 7 janvier 1959, *Rev. Loyers* 1959, 115 ; Grenoble, 26 juin 1866, *S.* 1867, 254 ; Toulouse, 14 mars 1864, *D.P.* 1865-2, 56 ; Paris, 8 juillet 1861, *D.P.* 1861-2, 199 ; Nîmes, 31 décembre 1855, *D.P.* 1857-2, 125.

(4) *G.P.* 1957-II, 177. Dans le même sens, Cass. Civ. 3 novembre 1960, *J.C.P.* 1960-II, 11880, note P. ESMEIN.

(5) Les termes employés par la Cour suprême ne doivent pas être interprétés comme sanctionnant une garantie conventionnelle tacite. Comme le remarque M. GROSS (thèse précitée, n° 152), il s'agit d'une extension du domaine de la garantie légale. « Il est probable, écrit P. ESMEIN (*J.C.P.* 1960-II, 11880) que souvent les décisions rattachant l'interdiction à l'intention des parties sont inspirées par la pensée que c'est la loi qui sauf stipulation contraire interdit de louer à un concurrent ».

(6) BERAUD, « L'obligation de ne pas concurrencer le locataire en place », *Annales* 1958, p. 353 et s. ; GEORGE, « Un même commerce peut-il être exercé par deux locataires dans le même immeuble? », *Annales* 1958, p. 19 et s. ; LE GALL, *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, Thèse, Paris 1962, n° 55 et s. ; POUILLET, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, n° 1298.

merce déterminé ou non, et cette destination est assurément un élément de l'accord des parties pour lequel le bailleur doit garantie (1). Mais il paraît contestable d'inclure dans la prestation du bailleur l'assurance des profits réalisés par le locataire ; ceux-ci apparaissent comme extérieurs à l'accord des parties. La jouissance promise doit être paisible mais non fructueuse. Nul ne songe à rendre le bailleur responsable lorsqu'un concurrent attire la clientèle du preneur ou lorsque, pour une raison quelconque celle-ci disparaît. Or, l'installation d'un fonds concurrent par le bailleur, la location d'un local à un tiers pour l'exercice d'une activité concurrente ont des conséquences identiques. Elles n'empêchent pas le preneur de poursuivre son activité, mais n'ont pour résultat qu'une diminution des revenus de l'exploitation du locataire, revenus extérieurs à la prestation de garantie du bailleur. Seule une clause insérée dans le bail et interdisant au bailleur d'exercer une activité similaire ou de louer à la concurrence pourra apporter une restriction à la liberté de concurrence de ce dernier. L'article 1719 C. civ. ne contient en aucune manière le principe d'une obligation de non concurrence à la charge du bailleur de local commercial. Ne pas admettre cette thèse conduit à reconnaître un monopole au bénéfice du preneur, solution difficilement conciliable avec la liberté commerciale et le principe de la libre concurrence selon lequel l'acte concurrentiel est licite dans la mesure où il n'est pas déloyal.

86. En ce sens, la Chambre civile décida, par un arrêt du 6 novembre 1867 (2), qu'il ne résulte pas de l'article 1719 C. Civ. « qu'en l'absence de toute convention restrictive de son droit le propriétaire qui a loué une partie de sa maison pour l'exploitation d'une industrie déterminée n'en puisse louer une autre partie pour une exploitation similaire ».

De nombreuses décisions postérieures sont venues confirmer « que l'article 1719 C. civ. a pour but d'assurer au preneur la jouissance paisible de la chose louée mais non point de la prémunir contre la concurrence que lui ferait un locataire » (3) ni de lui « assurer dans l'exercice de son commerce le bénéfice d'un monopole qui ne saurait résulter que d'une stipulation particulière et spéciale » (4).

Cependant des solutions contraires étaient retenues par la Cour de cassation (5) faisant régner l'incertitude en jurisprudence. Celle-ci semble aujourd'hui définitivement fixée. La Chambre commerciale a consacré par d'importantes décisions le principe que les obligations

(1) Si un obstacle s'opposait à l'exercice de l'activité envisagée, un tel fait constituerait une atteinte à la jouissance due par le preneur.

(2) *Dalloz* 1868-1, 129.

(3) Paris, 11 janvier 1927.

(4) Paris, 10 juin 1953, *D.* 1954, 9, note TUNC. Dans le même sens, voir Rennes, 9 novembre 1948, *D.* 1949, 178 ; Tribunal Civil Seine, 24 novembre 1949, *Annales* 1953, p. 273, note HOFFMANN ; Tribunal civil Seine, 10 novembre 1955, *J.C.P.* 1956, 9060, note CABANAC.

(5) Cf. *supra*, p. 77, notes 3 et 4.

définies par l'article 1719 C. civ. n'imposait au bailleur que d'assurer à son locataire la jouissance paisible des lieux loués « et que dans le silence du bail, le bailleur conserve le droit de louer dans le même immeuble un local pour l'exercice d'un commerce semblable à celui du précédent preneur » (1). La même solution est admise lorsque le bailleur installe lui-même un commerce similaire dans l'immeuble ; il ne contrevient pas par là à l'obligation de jouissance paisible due au preneur (2).

87. L'article 1719 du C. civ. n'impose au bailleur aucune obligation légale de non concurrence, seule une clause restreignant sa liberté à ce sujet pourra lui imposer une telle obligation. L'obligation de non concurrence est de nature conventionnelle.

Ce principe doit être approuvé. En effet « l'intuition et le bon sens » (3) ne sont pas les seuls arguments susceptibles de le justifier. « L'indécision — en cette matière — écrit M. Tunc vient de l'absence d'éléments déterminants dans un sens ou dans l'autre » (4). Nous ne croyons pas cette affirmation justifiée. Il existe à notre avis une raison déterminante de refuser l'existence d'une obligation de non concurrence légale à la charge du bailleur : c'est l'absence de l'élément clientèle dans le contenu du contrat. En remettant entre les mains du preneur un local, spécialisé ou non, le bailleur ne transmet pas un espoir de bénéfice, un espoir de « contrats futurs », comme le vendeur ou le bailleur d'un fonds de commerce, il ne transmet pas un fonds de commerce mais un élément matériel de la future exploitation du preneur. M. Voirin (5) a pu écrire à juste raison qu'« il faut examiner si le preneur avait reçu à bail des locaux à usage d'exploitation sans que la jouissance de la clientèle lui ait été promise ou au contraire, l'exploitation elle-même c'est-à-dire la clientèle ; dans le premier cas le bailleur reste libre de louer à un commerçant d'autres locaux voisins, tandis que dans l'autre cas il a contracté une obligation de garantie qui le prive de ce droit ».

Le critère de l'existence ou non d'une obligation légale de non concurrence doit être recherché dans la présence ou l'absence dans le contenu du contrat de l'élément clientèle, élément qui ici fait défaut.

(1) Cass. Com., 7 février 1962, *D.* 1962, 513, *S.* 1962, 292, *J.C.P.* 1962-II, 12761. Dans le même sens, Cass. Com., 22 mai 1964, *G.P.* 1964-2, 200 ; Cass. Com., 29 juin 1965, *Droit Social* 1965, 582 ; Tribunal Grande Instance de la Seine, 6 octobre 1964, *G.P.* 1965-1, 6.

(2) Cass. Com. 9 décembre 1964, *G.P.* 1965-1, 125.

(3) TUNC, note précitée.

(4) TUNC, note précitée.

(5) *Op. cit.*, p. 297.

Section II. — L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant un élément personnel du poste professionnel.

88. L'obligation de non concurrence s'observe également dans des contrats concernant un élément personnel du poste professionnel. Il est, en effet, parfois nécessaire de protéger le poste professionnel contre la concurrence d'un contractant qui participe, par son activité personnelle, à la vie de celui-ci, soit dans le cadre d'un contrat de louage de services, soit dans le cadre d'un contrat de société.

Sous-section I. — L'obligation de non concurrence dans le contrat de louage de services.

89. L'admission du principe de la liberté du commerce et de la concurrence, la consécration du principe de la liberté du travail, firent naître dans le début du XIX^e siècle l'importante question de la licéité de la concurrence des salariés vis-à-vis de leurs employeurs. La concurrence exercée par un salarié à l'encontre de son employeur peut être particulièrement redoutable. La connaissance de l'organisation de l'entreprise, l'accès aux secrets de fabrication ou d'affaires, les relations nouées avec la clientèle constituent autant de motifs pour lesquels le passage à la concurrence d'un salarié présente des dangers certains pour l'employeur, en particulier dans l'hypothèse où le salarié profitant de l'expérience acquise utiliserait celle-ci pour son propre compte ou irait en transférer le bénéfice à une maison rivale. Aussi, très tôt, les employeurs cherchèrent-ils à se prémunir contre les dangers pouvant résulter soit de l'embauchage d'un de leurs salariés par une entreprise concurrente, soit de l'établissement de ceux-ci dans une activité similaire. Certes la loi pénale établit cette protection en interdisant au salarié de divulguer les secrets de fabrication de l'entreprise (1) et en réprimant le délit de corruption du salarié qui « soit directement, soit par personne interposée aura, à l'insu et sans le consentement de son patron, soit sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte de son emploi » (2).

Mais ces textes sont apparus insuffisants aux employeurs qui érigèrent une protection contractuelle contre la concurrence de leurs salariés en faisant souscrire à ceux-ci des clauses de non concurrence aux termes desquelles les salariés s'interdisaient de concurrencer leurs

(1) Article 418, *Code Pénal*. La chambre criminelle donne une définition étroite du secret de fabrique : « tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial, mis en œuvre par un industriel et tenu par lui caché à ses concurrents, qui, avant la communication qui leur en a été faite, ne le connaissaient pas ». *Crim.* 10 décembre 1957, *Bull. Crim.* 1957, n° 822, p. 1486 ; *Crim.* 29 juin 1960, *Bull. Crim.* 1960, n° 350, p. 760.

(2) Article 177, 3^e alinéa, 2, *Code Pénal*.

employeurs (1). Inspirées des clauses de non concurrence admises en matière de vente de fonds de commerce, ces clauses furent pareillement validées par la jurisprudence dans la mesure où l'interdiction stipulée n'était pas générale et absolue, c'est-à-dire limitée soit quant au temps, soit quant au lieu. Comme pour les clauses de non concurrence en matière de vente de fonds de commerce le critère de validité était trouvé dans la distinction entre l'interdiction absolue et l'interdiction relative, cette dernière seule étant licite (2). Cette assimilation de régime est aujourd'hui vivement critiquée par la doctrine (3) et repoussée par la jurisprudence dominante (4). Le particularisme du droit du travail est vivement ressenti en cette matière, notamment par le fait du développement nouveau du droit des conventions collectives (5). Cependant, le principe demeure de la possibilité de limiter contractuellement la liberté du travail du salarié particulièrement pour le temps qui suivra la rupture du contrat de travail (6).

En l'absence de restrictions contractuelles de la liberté du salarié, la concurrence de ce dernier devra être appréciée au regard de la réglementation légale du contrat de travail et, dans le silence de celle-

(1) Pour des applications, voir Cass. Civ. 11 mai 1858, *D.P.* 1858-1, 219 ; Cass. Civ., 19 décembre 1860, *D.P.* 1861-1, 115 ; Cass. Civ., 25 mai 1868, *D.P.* 1869-1, 277 ; Douai, 26 avril 1845, *D.P.* 1858-1, 219 ; Bordeaux, 2 août 1849, *D.P.* 1852-2, 55 ; Angers, 2 juin 1845, *S.* 1854-2, 712.

(2) Voir Req. 5 juillet 1865, *D.P.* 1865-1, 425.

(3) Voir en particulier G. LYON-CAEN, « Les clauses restrictives de la liberté du travail. Clauses de non concurrence ou de non réembauchage », *Droit Social* 1963, p. 88 et s.

(4) Pour une analyse détaillée de la jurisprudence, voir R. LINDON, « Validité de la clause de non-concurrence dans les contrats de louage de services », *J.C.P.* 1960-1, n° 1593, et *supra* p. 18.

(5) Sur ce point, voir P. BIZIÈRE, « Les clauses de non concurrence dans leurs rapports avec les conventions collectives », *L'Informateur du Chef d'entreprise*, 1960, p. 1179 et s. ; G. LYON-CAEN, *op. cit.*, n° 23 et s.

(6) Cette validité de principe des clauses de non-concurrence dans le contrat de travail est réglementée par de nombreuses législations étrangères.

En droit italien, voir article 2125 du *Code Civil* : « Le pacte par lequel on limite l'accomplissement de l'activité de l'employé pour le temps successif à la cessation du contrat est nul, s'il ne résulte pas d'un acte écrit, si n'est pas stipulé un dédommagement en faveur de l'employé et si le lien n'est pas contenu entre des limites déterminées, d'objet, de temps et de lieu. La durée du lien ne peut être supérieure à 5 ans s'il s'agit de dirigeants et à 3 ans dans les autres cas. Si on stipule une durée supérieure elle retombe dans la mesure précitée ». Cet article est innovateur en droit italien. En effet, antérieurement à la promulgation de l'actuel Code Civil les clauses de non concurrence en matière de contrat de travail étaient expressément interdites.

Sur cette question, voir G. GUGLIELMETTI, *Limiti negoziali della concorrenza*, Padoue, 1961, p. 265 ; et pour la doctrine antérieure, RIVA SANSEVERINO, « Le clause di concorrenza nel contratto di impiego privato », *Studi di dir. ind.*, 1932, p. 8.

Pour le droit allemand, voir : article 74, *H.G.B.* : « Le pacte entre patron et employé en vertu duquel celui-ci limite son activité économique pour le moment où aura cessé le rapport de dépendance est obligatoire pour l'employé seulement en tant que la limitation n'outrepasse pas les limites quant au temps, quant au lieu, quant à l'objet au-delà desquels on rendrait la vie de l'employé trop difficile... ».

ci, en ayant recours aux principes établis par la jurisprudence et cela à un double point de vue ; pendant l'exécution du contrat de travail et après son extinction.

§ I. — LE SALARIÉ PEUT-IL EXERCER UNE ACTIVITÉ EN CONCURRENCE AVEC CELLE DE SON EMPLOYEUR

90. Le législateur n'édicte à ce sujet aucune règle d'ordre général (1). Cependant la doctrine et la jurisprudence posent le principe de l'obligation pour le salarié de ne pas concurrencer son employeur pendant la durée du contrat de travail.

La doctrine procède dans ce domaine par voie d'affirmation, la recherche du fondement de cette obligation de non concurrence ne faisant l'objet que de développements assez brefs. Les auteurs font appel au principe de notre droit selon lequel les obligations doivent être exécutées de bonne foi (2) et à l'idée selon laquelle « on ne saurait soutenir sérieusement que l'on peut à la fois servir et concurrencer une même personne » (3). Cette obligation d'exécuter le contrat de bonne foi interdit au salarié de concurrencer son employeur pendant la durée du contrat de travail et plus généralement l'oblige à s'abstenir de tout acte qui pourrait nuire à l'employeur. « Le salarié qui a réservé à l'employeur le monopole de son activité ne saurait sans commettre une faute grave travailler au profit d'une autre personne. Même s'il lui était loisible d'exercer une activité parallèle, il lui est interdit de faire concurrence à son employeur soit directement soit indirectement par l'intermédiaire d'un tiers » (4).

91. Depuis quelques années une partie de la doctrine justifie l'obligation de non concurrence du salarié au moyen d'une « obligation de fidélité » dont ce dernier serait tenu vis-à-vis de son employeur. Cette obligation de bonne foi particulière est empruntée aux droits étrangers notamment, au droit allemand (*Treuepflicht*) (5) et au droit italien (*obbligo di fedeltà*) (6). Parmi les obligations du salarié, écrit

(1) Seul l'article 29 K, alinéa 3 et 4, L-I, *Code du travail*, réglemente la concurrence pendant l'exécution du contrat de représentation salariée. Sur ce point, voir A. BRUN, « L'évolution du régime de la concurrence irrégulière dans les rapports de travail », in *Mélanges P. Roubier*, p. 369.

(2) BRUN et GALLAND, *Droit du travail*, n° 11 220 ; P. DURAND et VITU, *Traité de droit du travail*, T. II, n° 318 ; CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, « Droit du travail », n° 176, *Juris classeur Travail*, Fasc. 24/1, n° 21 et s.

(3) VACHAUMARD, *op. cit.*, p. 9.

(4) CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN, *op. cit.*, n° 176.

(5) Voir DERSCH-KASKEL, « Arbeitsrecht » 5^e édition, Berlin, Göttingen. Heidelberg 1957, p. 138 et 247.

(6) L'obligation de fidélité dans le contrat de travail est réglementée par l'article 2105 du *Code Civil* italien. Celui-ci dispose « que l'employé ne doit pas traiter d'affaires pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers en concurrence avec l'entrepreneur ni divulguer des renseignements relatifs à l'organisation et

M. P. Bizière (1), « il en existe une qui puise sa source non pas dans un article du Code du Travail mais dans un alinéa de l'article 177 du Code Pénal « sera puni d'un emprisonnement et d'une amende... tout commis, employé ou préposé, salarié ou rémunéré sous une forme quelconque qui, soit directement, soit par personne interposée, aura à l'insu et sans le consentement de son patron, soit sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte de son emploi ». Il suit de là que tout salarié est tenu vis-à-vis de son patron de l'obligation de fidélité dont la première application lui interdit de passer à la concurrence ou tout au moins de lui rendre des services généralement peu désintéressés ». Ces auteurs trouvent dans l'obligation de fidélité du salarié le fondement de l'obligation pour celui-ci de s'abstenir durant l'exécution du contrat de travail de concurrencer son employeur directement ou indirectement. Mais il faut toutefois remarquer que, si le principe d'une telle restriction de la liberté du salarié est d'une manière générale admis par la doctrine et la jurisprudence, les caractéristiques de « l'obligation de fidélité » ne sont pas nettement déterminées, certains auteurs ne voyant même en elle qu'un devoir purement moral (2).

En définitive, la doctrine est unanime à trouver dans le contrat de travail la source d'une obligation de non concurrence de droit à la charge du salarié pendant l'exécution du contrat (3), cependant le fondement légal de cette obligation reste incertain en l'absence de l'intervention du législateur (4).

aux méthodes de production de l'entreprise ou en user de manière à pouvoir porter préjudice à celle-ci ». Cette obligation est limitée à la durée de rapport de travail. Voir G. GUGLIELMETTI, *op. cit.*, p. 266.

(1) « Les clauses de non concurrence et le contrat de travail », *Inf. du Chef d'entrep.* 1960, p. 1097. Voir aussi P. DURAND et VITU, *Traité de droit du travail*, T. II, n° 318.

(2) *Encyclopédie Dalloz*, Voir : « contrat de travail », n° 147. *Contra* : A. BRUN, *op. cit.*, p. 370.

(3) La durée de l'obligation de non concurrence coïncidant avec celle du contrat de travail, une difficulté peut surgir dans la détermination du moment exact de la rupture du contrat de travail et par voie de conséquence du moment de l'extinction de l'obligation de non concurrence du salarié. Ce problème est mis en lumière par deux décisions récentes et opposées de la Cour de Cassation. Le 8 février 1965, la Chambre commerciale (*Bull. Civ. III*, n° 96, p. 81) juge que « le contrat de travail subsiste avec toutes les obligations qui en découlent pour l'une et l'autre partie pendant la durée du préavis ». Dans cette hypothèse l'obligation de non concurrence du salarié subsiste jusqu'à l'expiration du préavis. Mais le 24 février 1965, la Chambre sociale (*Bull. Civ. IV*, n° 161, p. 133) statue en sens contraire en décidant que les contrats de travail à durée indéterminée « avaient d'ores et déjà été rompus par la manifestation unilatérale de volonté de l'employeur »? Auquel cas la logique impose de reconnaître l'absence d'une obligation de non concurrence à la charge du salarié pendant la durée du préavis — dans la mesure où aucune clause de non concurrence n'a été souscrite par le salarié pour le temps suivant la rupture du contrat.

(4) On doit cependant remarquer en cette matière l'influence grandissante du droit des conventions collectives dans les dispositions desquelles il faut peut-être rechercher la construction future de l'obligation de fidélité. Voir C.C.N. de l'Indus-

L'examen de la jurisprudence n'est que de peu de secours dans cette recherche.

92. Très tôt les tribunaux mirent à la charge des salariés une obligation de non concurrence leur interdisant de concurrencer leurs employeurs pendant la durée du contrat de travail (1). Mais un arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de cassation du 9 décembre 1943 (2) jugeait en sens contraire en décidant « qu'aucune disposition légale n'interdit à un employé qui par ailleurs remplit toutes les obligations de son contrat de travail, d'exercer à son profit personnel une activité similaire à celle de son employeur, si toutefois aucune clause du contrat n'interdit ou ne restreint cette activité dans le temps et dans l'espace et si l'employé n'a recours à aucune manœuvre déloyale de nature à nuire aux intérêts de l'autre partie tels dénigrement, malentendu, spoliation de clientèle ». Réservant l'hypothèse d'une restriction contractuelle de la liberté de concurrence du salarié par une clause de non concurrence ou d'une concurrence déloyale, la Cour, par cette décision, niait l'existence d'une obligation légale de non concurrence incluse dans le contrat de travail et pesant sur le salarié pendant l'exécution du contrat.

Cette solution ne devait pas prévaloir dans la jurisprudence postérieure. Par un arrêt du 17 avril 1958 cette même Chambre sociale (3) rejette un pourvoi formé contre un jugement du Tribunal civil de la Seine (4) qui avait jugé « que tout contrat de travail, même verbal contient une obligation, laquelle s'impose à l'employé et prohibe de sa part tout acte de concurrence direct ou indirect à l'encontre de son patron ». Cette position tendant à reconnaître de plein droit l'existence d'une obligation de non concurrence à l'encontre du salarié pendant la durée du contrat est celle de la jurisprudence la plus récente. La Chambre commerciale de la Cour de cassation par un arrêt en date du 8 février 1965 (5) décide « qu'un employé ne peut sans manquer

trie pharmaceutique, Annexe Cadres, art. 14 : « Le cadre est tenu au secret professionnel à l'égard des tiers pour tout ce qui concerne l'exercice de ses fonctions et d'une façon générale pour tout ce qui a trait à l'activité de l'entreprise qui l'emploie ; il a en particulier l'obligation de ne pas faire profiter une entreprise concurrente de renseignements propres à l'entreprise qui l'emploie ou qui l'a employé et qu'il a pu recueillir à l'occasion de ses fonctions ou du fait de sa présence dans l'entreprise ». Voir aussi : C.C.N. des industries chimiques, avenant Collaborateurs, art. 19 ; C.C.N. de l'Industrie du pétrole, Annexe Ingénieurs et Cadres, art. 13 ; C.C.N. de l'Industrie des textiles naturels, Annexe Ingénieurs et Cadres, art. 32 ; C.C.N. de la confection administration et militaire, Annexe Ingénieurs et Cadres, art. 27.

(1) Limoges, 23 novembre 1896, S. 1897-2, 68.

(2) *Droit Social* 1944, 110.

(3) *Bull. Civ.* IV, n° 495, p. 365 ; *Droit Social* 1959, 26 ; *Inf. du Chef d'entrep.* 1958, 814.

(4) 10 novembre 1955, *J.C.P.* 1956-II, 9054 ; *R.T.D.Co.* 1956, 269, n° 14.

(5) *Bull. Civ.* 1965-III, n° 96, p. 81. Voir aussi dans le même sens : Soc. 20 décembre 1965, *Inf. Chef d'entrep.* 1967-43, qui sanctionne comme contraire à l'obligation du salarié un ramonage unique effectué par ce dernier, ouvrier d'un

aux obligations résultant de son contrat de travail exercer une activité concurrente de celle de son employeur pendant la durée du contrat de travail ».

§ II. — L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE DU SALARIÉ SURVIT-ELLE A LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL?

93. En l'absence de restrictions conventionnelles de la liberté du salarié pour le temps qui suivra la rupture du contrat de travail, la question a été posée de savoir si le salarié retrouvait son entière liberté et pouvait concurrencer son ancienne entreprise soit en exerçant pour son propre compte une activité similaire, soit en s'embauchant dans une entreprise concurrente.

94. Une partie de la jurisprudence considère que le fait pour un salarié de concurrencer son ancien employeur est contraire à un « devoir de fidélité » survivant à la rupture du contrat de travail (1). Dans cette optique les tribunaux reconnaissent qu'il existe un prolongement de l'obligation de non concurrence après la rupture du contrat de travail, « que ladite obligation survit pendant une certaine durée au contrat de travail arrivé à son extinction » (2).

95. Ces décisions sont critiquées par l'ensemble de la doctrine (3). Celle-ci affirme le principe, après l'extinction du contrat de travail, de la liberté pour le salarié d'entrer dans une maison concurrente ou de s'établir à son compte dans une activité similaire de celle de son ancien employeur. La liberté du travail, principe fondamental, doit l'emporter ici sur la protection des intérêts de l'entreprise. L'employeur ne peut plus rien exiger du salarié, ce dernier retrouve son entière liberté. Aucune obligation de non concurrence ne survit de plein droit à la rupture du contrat de travail ; seule une stipulation contractuelle

entrepreneur de couverture, au profit d'une personne étrangère à la clientèle de l'entrepreneur et en dehors des heures de travail de l'entreprise.

(1) Cour Cass., 8 janvier 1958, *Bull. Civ.* 1958-III, n° 12 ; Paris, 7 décembre 1954, *Annales* 1955, 121.

(2) Tribunal Com. Seine, 10 novembre 1955, *J.C.P.* 1956-II, 9054.

(3) Certains auteurs emploient cependant des expressions qui peuvent être la source d'une interprétation équivoque. Ils parlent en effet « de la prolongation de l'obligation de fidélité » (P. BIZIÈRE, *Infor. Chef d'entrep.* 1960, précité) « du maintien de l'obligation de non concurrence » (P. DURAND et VITU, *op. cit.*, n° 499) ; ou encore « d'une obligation naturelle du droit du travail » (LINDON, *op. cit.*) à la charge du salarié après la rupture du contrat de travail, mais en réalité la « prolongation », le « maintien » ou la transformation de « l'obligation naturelle » en obligation juridique de l'obligation de non concurrence résultent pour ces auteurs de la volonté des parties qui ont prévu par une clause l'interdiction pour le salarié de concurrencer son employeur après l'expiration du contrat de travail. La source de l'obligation de non concurrence est alors conventionnelle. L'obligation légale de non concurrence prend fin avec le contrat de travail.

pourra limiter dans une certaine mesure la liberté de concurrence du salarié (1).

Cette solution est admise par une importante et constante jurisprudence. En l'absence de toute stipulation contractuelle restrictive de la liberté du salarié les tribunaux se refusent à faire découler du contrat de travail une obligation de non concurrence pour le temps qui suivra la rupture du lien contractuel ; aucune obligation de garantie de droit n'est due par le salarié à son ancien employeur (2).

96. Ainsi, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître au salarié, en l'absence de toute restriction conventionnelle, la liberté de concurrencer son ancien employeur soit directement en exerçant pour son propre compte une activité concurrente, soit indirectement en s'embauchant dans une entreprise rivale. Mais dans cette activité concurrentielle le salarié devra se montrer d'une extrême prudence en veillant à ne pas employer des moyens déloyaux, à ne pas exercer

(1) Dans ce sens, voir BIZIÈRE, *Inf. Chef. d'Entrep.* 1960, précité ; A. BRUN, *op. cit.*, p. 371-372 ; BRUN et GALLAND, *op. cit.*, n° 116 ; CAMERLYNCK et LYON-CAEN, *op. cit.*, n° 171 ; DURAND et VITU, *op. cit.*, n° 499 ; J. LEBLANC, « La concurrence déloyale en cas de rupture du contrat de travail », *Inf. Chef. d'Entrep.* 1958, p. 913 et s. ; G. LYON-CAEN, *op. cit.*, n° 9 ; POUILLET, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, n° 1264 ; P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, T. I, p. 488 ; VACHAUMARD, *op. cit.*, p. 13 et s. ; *Juris-classeur du Travail*, Fasc. 30/2 n° 223 ; *Juris classeur commercial*, Annexes, Fasc. XXXVII, n° 3.

Une solution identique est consacrée par de nombreux droits étrangers. En droit italien, M. GUGLIEMMETTI, *op. cit.*, p. 266, constate l'absence d'obligation de non concurrence de plein droit, seule une clause de non concurrence pourra limiter la liberté du salarié après l'expiration du contrat de travail « e se il patto non esiste il prestatore de lavoro puo, dopo la cessazione del rapporto continuare a svolgere la propria attivita per conto proprio o alle dipendenze di altri... Non esiste quindi un divieto legale di far concorrenza a carico del prestatore de lavoro per il tempo successivo alla cessazione del contratto de lavoro ».

De même, en droit allemand, voir DERSCH-KASKEL, *op. cit.*, p. 247, où il est affirmé qu'il n'existe pas d'obligation de non concurrence « de plein droit » à la charge du salarié après l'extinction du contrat de travail, seule une stipulation contractuelle pourra restreindre la liberté du salarié pour cette époque. « Für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, besteht ein Wettbewerbsverbot nie Kraft Gesetzes, sondern Kann nur vereinbart werden ». Voir aussi HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrecht*, 6^e édit., T. I, Berlin, Francfort, pp. 227-237.

(2) En ce sens, Cass. Civ., 23 janvier 1963, *J.C.C.*, Annexe XXXVII ; Cass. Civ., 6 décembre 1933, *S.* 1934-1, 95 ; Cass. Soc., 12 mars 1959, *Bull. Civ.* 1959-IV, n° 367, p. 300 ; Cass. Com., 17 mai 1965, *Bull. Civ.* 1965-III, n° 318, p. 289 ; Cass. Soc. 24 mai 1966, *Bull. Civ.* 1966-IV, n° 98 ; Paris, 1^{er} mars 1906, *D.P.* 1907-2, 294 ; Paris, 21 février 1914, *Annales* 1919-1, 115 ; Paris, 30 décembre 1936, *Inform. Chef d'entrep.* 1938, 123 ; Trib. Com. Seine, 18 février 1911, *Annales* 1912-2, 57 ; 28 juin 1929, *Annales* 1930, 249 ; Trib. Com. Toulouse, 7 mai 1929, *Annales* 1930 ; Trib. Com. Lyon, 4 octobre 1950, *J.C.P.* 1951-IV, 18 ; Trib. Com. Seine, 16 avril 1964, *J.C.P.* 1964-II, 13834.

Pour le droit italien, voir en ce sens : Appel Bari, 23 novembre 1958, in *Carti Bari, Lecce e Potenza* 1958, p. 441, où l'on admet que l'employé puisse dans la concurrence utiliser les connaissances techniques acquises au cours de son précédent emploi « à l'exclusion des secrets qui n'intéresseraient pas son activité spécifique et seraient confidentiellement parvenus à sa connaissance hors de l'exercice de son activité quand même qu'à l'occasion de cette activité ».

une concurrence déloyale (1). Or, la difficulté est extrême, en cette matière, à tracer une ligne de démarcation entre le licite et l'illicite, entre la concurrence permise et la concurrence prohibée comme étant déloyale.

L'ancienne appartenance de l'employé à l'entreprise, sa connaissance de l'organisation technique et commerciale de celle-ci, les rapports noués avec la clientèle, font que l'ancien employé « est guetté en quelque sorte par de nombreuses tentations de concurrencer déloyalement son ancien patron » (2). L'ancien salarié devra se montrer particulièrement prudent, notamment en évitant toute possibilité de confusion avec son ancienne entreprise dans les rapports avec la clientèle.

La jurisprudence en cette matière est abondante, mais il est difficile d'en extraire des enseignements précis. On peut seulement constater avec M. Brun « qu'il est tenu compte de la collaboration passée du salarié pour apprécier s'il s'est rendu coupable de concurrence déloyale. L'ombre de l'ancien contrat, ou plus exactement de l'appartenance du salarié à l'entreprise s'attache à ses pas » (3). Le mouvement ainsi dessiné par la jurisprudence est nettement appuyé (4) et on a pu se demander s'il ne résultait pas de celui-ci un cas nouveau de concurrence déloyale, « l'apport par un salarié à une entreprise concurrente des connaissances relatives aux éléments de structure de l'entreprise à laquelle il a appartenu » (5).

Cette tendance jurisprudentielle ne doit pas, cependant, entamer le principe selon lequel, en l'absence d'une clause de non concurrence souscrite par l'employé, ce dernier n'est plus tenu à aucune obligation de non concurrence vis-à-vis de son ancien employeur après la rupture du contrat de travail.

Sous-section II. — L'obligation de non concurrence dans le contrat de société.

97. L'existence d'une obligation de non concurrence pesant sur les associés et ayant sa source dans le contrat de société est fort controversée (6).

(1) Le fondement juridique de l'action en concurrence déloyale est distinct de celui de l'obligation de non concurrence résultant du contrat. La Cour de Cassation l'a récemment rappelé (Cass. 17 mai 1965 précité) en approuvant une Cour d'Appel, en l'absence d'obligation de non concurrence résultant du contrat, d'avoir « écarté aussi la responsabilité contractuelle de l'intéressé — et de retenir sa responsabilité délictuelle en énumérant ses agissements fautifs ».

(2) JAUFFRET, obs. *R.T.D.Co.* 1962, 259, n° 21.

(3) *Op. cit.*, p. 372.

(4) Voir en particulier parmi les décisions les plus récentes : Cass. Com., 8 janvier 1958, *Bull. Civ.* 1958-III, n° 12 ; Cass. Civ., 20 juin 1961, *D.* 1962, Som. 6 ; *R.T.D.Co.* 1962, p. 55, n° 17 ; Cass. Civ. 16 mai 1961, *D.* 1961, Som. 107, *R.T.D.Co.* 1962, p. 55, n° 16 ; Cass. Soc. 24 mai 1966 précité.

(5) A. BRUN (*op. cit.* p. 373) qui en conclusion remarque « que cette orientation jurisprudentielle témoigne certes d'un accroissement de la protection de l'entreprise mais présente un danger indéniable car si elle s'accroissait elle serait de nature à paralyser complètement l'embauchage ».

(6) La question a été souvent obscurcie par l'incidence de la garantie due par le cédant de parts sociales à son cessionnaire dans l'hypothèse d'un fonds de commerce

Certains auteurs ont cru découvrir dans l'analyse de l'économie du contrat de société l'existence d'une telle obligation. D'autres au contraire n'admettent une obligation de non concurrence à la charge de l'associé que dans des hypothèses limitées.

Dans la pratique, le pacte social contient généralement des dispositions restrictives de la liberté de concurrence des associés durant leur participation à la société, et en cas de retrait de l'associé, le contrat de cession, les statuts ou la délibération des associés autorisant la cession, imposent à l'associé sortant un engagement de non concurrence précis. D'origine conventionnelle, cette obligation de non concurrence est validée par les tribunaux dans la mesure où elle est limitée dans le temps ou dans l'espace, obéissant en cela aux conditions générales de validité des conventions restrictives de concurrence telles qu'elles ont été dégagées par la jurisprudence. La fréquence de ces dispositions conventionnelles fait que la jurisprudence a eu rarement l'occasion de se prononcer sur l'existence d'une obligation de non concurrence de droit contenue dans le contrat de société.

La question ainsi posée doit être étudiée à un double point de vue, soit qu'on l'envisage pendant la période de participation de l'associé à la société, soit, au contraire, qu'on effectue la même investigation pour le temps où l'associé a quitté la société. Il convient donc tout d'abord de rechercher si le contrat de société ne crée pas sur la tête des associés, pendant la durée de la société, une obligation de garantie du fait personnel, particulièrement l'obligation pour les associés de ne pas concurrencer la société. D'autre part, dans l'affirmative, cette obligation de non concurrence survit-elle après la sortie de l'associé de la société?

98. Une partie de la doctrine trouve dans le contrat de société lui-même le principe d'une obligation de non concurrence à la charge des associés, obligation leur interdisant d'exercer une activité en concurrence avec celle de la société. Une telle garantie n'étant admise que dans les sociétés de personnes, non dans les sociétés de capitaux (1).

Cette garantie, soutient-on, résulte tout d'abord de l'esprit du contrat de société, de l'affectio societatis, c'est-à-dire d'une « pensée de coopération économique ou plus exactement d'une volonté de collaboration active en vue d'un but commun qui est la réalisation d'un enrichissement par la mise en commun de capitaux et de l'activité des associés » (2). Ce but commun n'est pas réalisé si un associé

exploité sous forme sociale, garantie qui, si elle est admise, trouve sa source dans l'acte de cession lui-même, non dans le contrat de société, voir *supra* p. 42 et s.

(1) FREJAVILLE, *Recueil juridique des sociétés*, 1933, p. 19 et s. ; Note sous Nîmes, 1^{er} juillet 1933, *D.P.* 1934-2, 49 ; LAGARDE, note sous Nîmes, 1^{er} juillet 1933, *S.* 1934-2, 129 ; THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial*, T.I., n° 330 ; THALLER et PIC, *Traité de droit commercial*, n° 376 ; PIC *Les sociétés commerciales*, 2^e éd., I, n° 375 ; *Juris Classeur Commercial*, Société, Fasc. 59, n° 20, et s.

(2) THALLER et PIC, *op. cit.*, I, n° 65.

fait concurrence à la société. A défaut de texte précis l'obligation de non concurrence résulte des principes généraux qui régissent le contrat de société. Enfin, cette obligation est tellement naturelle, disent les auteurs, que de nombreuses législations étrangères la réglementent (1).

99. Cette thèse est rejetée par M.M. Lyon-Caen, Renault et Amiaud, ceux-ci n'admettent l'existence d'une obligation de non concurrence qu'à l'égard de l'associé apporteur en industrie. Aux termes de l'article 1847 du Code civil, « les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont fait par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société ». L'apporteur en industrie ne doit pas faire concurrence à la société, il est certain que l'on ne peut être à la fois collaborateur et concurrent. Raisonnant a contrario, ces auteurs en déduisent que les autres associés ne peuvent voir leur activité restreinte et que notamment ceux-ci peuvent exercer un commerce similaire à celui qui est l'objet de la société.

Cependant une telle interprétation restrictive de la garantie due par les apporteurs ne peut être retenue. En particulier l'apporteur d'un fonds de commerce est garant de son apport et ne doit pas tenter de reprendre la clientèle du fonds apporté en exerçant une activité concurrente (2). L'article 1845 du Code civil déclare que « chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'apporter ». Cette règle doit être considérée comme étant d'application générale et non pas spécialement écrite pour les apporteurs en industrie. Tout apporteur en industrie ou en nature doit garantie de son apport et cela quelle que soit la forme de la société (3). Toutes les autres catégories d'apport et spécialement les apports en numéraires laissant à l'apporteur son entière liberté, celui-ci n'est tenu de garantir ni la clientèle ni l'usage de son activité (4).

100. En définitive, on le voit, l'opposition entre les deux théories exposées est complète. Ou bien l'on considère que l'obligation de garantie et sa traduction l'obligation de non concurrence pèse sur tous les associés en vertu du contrat de société, cette solution n'étant admise par les auteurs que pour les seules sociétés de personnes, non pour les sociétés de capitaux, ou bien l'on soutient que la garantie sera due seulement par certains apporteurs dans toutes sociétés et alors la source de l'obligation n'est plus le contrat de société, mais l'apport lui-même. Nous allons retrouver cette opposition en envisa-

(1) Voir *Code Civil* Italien, article 2301 : « Le membre d'une société ne peut sans le consentement des autres membres exercer pour son propre compte ou pour autrui une activité en concurrence avec celle de la société, ni participer en tant que membre à responsabilité illimitée à une autre société concurrente ».

(2) *Supra*, p. 41.

(3) Cf. LAGARDE, *op. cit.*

(4) Dans ce sens, voir Cour Cass., 11 février 1964, *Bull. civ.* III, n° 67, p. 57 ; Paris, 21 octobre 1957, *J.C.P.* 1958, éd. C. I., n° 62793.

geant le sort de l'obligation de non concurrence après le retrait de l'associé de la société.

101. Envisagée sous l'angle de la garantie due par l'apporteur cette question appelle les réponses suivantes. L'apporteur d'un fonds de commerce étant tenu à la même garantie qu'un vendeur ne peut reprendre ce qu'il a vendu, il lui est interdit de détourner la clientèle mise en commun. L'obligation de non concurrence survivra donc au retrait de l'associé apporteur puisque l'apport demeure la propriété de la société (1). L'apport en industrie, apport de jouissance, est repris par l'apporteur lorsque celui-ci se retire de la société, de ce fait l'obligation de non concurrence cessera, sauf clause contraire au moment du retrait de l'associé. Ces solutions sont commandées par les règles mêmes de la garantie en matière d'apport. Abstraction faite de ces règles, une obligation de non concurrence à la charge de l'associé survit-elle à sa sortie de la société? On l'a soutenu (2).

Plusieurs arguments ont été avancés pour justifier la survie de l'obligation de non concurrence au retrait de l'associé dans les sociétés de personnes. Ce raisonnement, faut-il le dire, implique l'admission d'une garantie résultant du contrat de société lui-même pendant la participation de l'associé à la société. Ne pas admettre la survie de l'obligation de non concurrence a-t-on dit c'est rendre inefficace cette obligation pendant la durée de la société en donnant à l'associé sortant et bénéficiant de la confiance de la clientèle, la possibilité de la reprendre à son profit. D'autre part, c'est permettre à l'associé sortant de profiter de l'expérience acquise au profit de la société, de se rétablir à proximité dans une activité similaire, c'est-à-dire autoriser des agissements contraires à la bonne foi qui doit exister dans les rapports entre associés.

102. Ces arguments appellent la critique. En effet, « il n'est pas contraire à la bonne foi qu'un associé qui se retire, le plus souvent à la suite d'un désaccord, reprenne sa liberté d'action dans la mesure où il ne l'a pas aliénée comme vendeur ou comme apporteur » (3). L'associé sortant ne peut être, sans l'avoir voulu, privé de l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie, seule une clause expresse insérée dans le pacte social ou dans l'acte de cession de parts pourra être la source d'une obligation de non concurrence dans cette hypothèse (4).

L'existence d'une obligation de non concurrence de droit à la charge

(1) La solution est différente si le fonds de commerce n'a pas été apporté en propriété mais en jouissance. Dans cette hypothèse l'obligation de non concurrence cessera avec la jouissance.

(2) FREJAVILLE, *op. cit.*

(3) LAGARDE, *op. cit.*

(4) Dans ce sens, Tribunal de Commerce Seine, 2 mai 1956, *G.P.* 27 ; 30 octobre 1956, *D.* 1957, Som. 6. Voir aussi *Encyclopédie de droit commercial*, « Sociétés », Société en nom collectif, n° 167 et s.

des associés et ayant sa source dans le contrat de société reste discutée dans notre droit. C'est peut-être la raison de la fréquence en cette matière des dispositions conventionnelles restreignant la liberté d'activité des associés pour le temps de leur participation et à la suite de leur retrait de la société.

CONCLUSION DU TITRE I

103. Au terme de l'analyse du droit positif un tableau des sources de l'obligation de non concurrence peut être dressé. Il est dominé par une constatation essentielle : l'obligation de non concurrence peut être issue de deux sources différentes, la loi ou la convention. Dans certaines hypothèses l'existence de l'obligation de non concurrence s'impose aux contractants comme contenue dans la réglementation légale du contrat, dans d'autres l'existence de l'obligation de non concurrence est laissée à l'appréciation des contractants qui, par une manifestation de volonté, peuvent lui donner naissance s'ils le désirent en stipulant une clause de non concurrence.

104. I. — L'obligation de non concurrence apparaît tout d'abord comme une obligation contractuelle d'origine légale dans un certain nombre de contrats, soit qu'un texte la prévienne expressément (a), soit, plus souvent, qu'elle soit comprise comme étant implicitement contenue dans la réglementation légale du contrat (b).

a) Trois dispositions éparses posent expressément le principe d'une obligation de non concurrence à la charge d'un contractant.

Il s'agit, d'une part, de l'article 29 K al. 3 et 4 — Liv. I du Code du travail qui prévoit une obligation de non concurrence à la charge du salarié dans le contrat de représentations salariées, d'autre part, de l'article 4 de la loi du 29 novembre 1966, relative aux sociétés civiles professionnelles, qui dispose que « tout associé ne peut être membre que d'une seule société civile professionnelle et ne peut exercer la même profession à titre individuel » et enfin, de l'article 69 du Code de déontologie médicale qui interdit l'installation du médecin qui a remplacé un de ses confrères, dans un poste où il pourrait concurrencer ce dernier (1).

b) Dans de plus nombreux contrats, une obligation de non concurrence est mise de plein droit à la charge d'un contractant en l'absence de toute disposition expresse, au motif que la réglementation légale du contrat impose cette obligation à l'une des parties.

(1) L'obligation de non concurrence résultant de l'art. 59 du Code de déontologie médicale n'est pas de source légale au sens strict du mot. Elle est en effet de source réglementaire.

Deux constructions juridiques ont été édifiées par notre jurisprudence dans ce but, l'une, concernant essentiellement le fonds de commerce et faisant appel aux textes de la garantie dans le droit des contrats, l'autre, particulière au contrat de travail et reposant sur l'existence d'une « obligation de fidélité » dont serait tenu le salarié pendant l'exécution du contrat de travail.

105. II. — Dans d'autres contrats, soit qu'aucun texte n'existe, soit que les constructions édifiées par la jurisprudence ne puissent s'appliquer, l'obligation de non concurrence ne s'impose pas de plein droit aux parties, elle n'existera que si celles-ci ont stipulé une clause de non concurrence. Parmi ces clauses, il convient de distinguer celles qui ont pour effet de donner naissance à une obligation de non concurrence (a) de celles qui ne créent pas l'obligation, mais aménagent le contenu d'une obligation de non concurrence d'origine légale (b).

a) Les clauses créatrices d'une obligation de non concurrence s'observent dans toute une série de contrats dans lesquels l'obligation de non concurrence revêt, tantôt le caractère d'une obligation principale (α), tantôt, au contraire, le caractère d'une obligation accessoire (β).

α) L'analyse des contrats dits de « cessions de clientèles » nous a permis de constater quelle place l'obligation de non concurrence tenait dans cette opération ; elle en constitue l'une des obligations principales au côté de l'obligation de présentation à la clientèle.

β) Au contraire, dans d'autres contrats, l'obligation de non concurrence d'origine volontaire s'analyse en une obligation accessoire, dont la présence n'est nullement indispensable à l'économie de la convention. Tel est le cas de l'obligation de non concurrence stipulée dans le contrat de bail de locaux à usage commercial.

b) Parfois, la clause de non concurrence vient doubler une obligation de non concurrence d'origine légale, notamment, en matière de cessions de fonds de commerce. Elle n'est plus alors créatrice de l'obligation de non concurrence, celle-ci résultant de la réglementation légale du contrat, mais elle a pour effet de constater l'accord des parties quant à l'étendue de l'obligation qui leur est imposée. La clause de non concurrence ne crée pas, mais aménage une obligation de non concurrence de plein droit (1).

(1) La distinction entre les clauses de non concurrence qui créent une obligation de non concurrence et celles qui aménagent une obligation dont le principe ne résulte pas de la volonté des parties est souvent délicate à opérer. Cela tient au fait que dans certains contrats l'incertitude est grande lorsqu'on se pose la question de savoir si la réglementation légale du contrat considéré, emporte création d'une obligation de non concurrence à la charge de l'une des parties. Cette question devient fondamentale lorsque la clause rédigée par les parties est déclarée nulle. En effet si cette clause avait donné naissance à l'obligation de non concurrence sa nullité fait disparaître toute obligation de non concurrence. Au contraire si la clause déclarée nulle ne faisait qu'aménager une obligation de non concurrence d'origine légale sa nullité laisse naturellement subsister l'obligation de non concurrence contenue dans la réglementation légale du contrat.

TITRE II

CRITIQUE DU DROIT POSITIF

106. L'étude des sources de l'obligation de non concurrence en droit positif nous a permis de dégager des conclusions qui, de prime abord, apparaissent satisfaisantes de par leur classicisme. En effet, l'obligation de non concurrence, avons-nous conclu, est issue de deux sources, la loi ou la convention. Cette dualité de source n'est pas originale et se rencontre fréquemment dans le droit des contrats. D'une part, les principes conjugués de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle permettent aux parties à un contrat de stipuler les obligations qu'elles désirent, et d'autre part, un texte formel où la réglementation légale générale d'un contrat peut imposer une obligation à la charge d'une partie à un contrat déterminé. Ce schéma des sources de l'obligation contractuelle s'applique parfaitement à l'obligation de non concurrence (1).

Cette satisfaction initiale est cependant rapidement contrariée lorsque, poursuivant le bilan de notre étude des sources de l'obligation de non concurrence, nous essayons de découvrir une relation entre la qualification légale ou volontaire de l'obligation de non concurrence et le contenu des contrats dans lesquels elle s'observe. Les résultats d'une telle investigation sont en effet fort décevants au regard du critère que nous avons adopté pour effectuer l'étude du droit positif, distinguant les contrats concernant la totalité du poste professionnel et de ce fait emportant transfert définitif ou provisoire d'une clientèle, des contrats concernant un élément du poste professionnel, la clientèle, dans ce cas, restant extérieure au contenu de l'opération.

Une relation plus étroite nous paraissait souhaitable entre la présence d'une obligation de non concurrence et l'existence d'un contrat dans l'économie duquel était incluse une clientèle qu'entre la présence

(1) En observant cependant la difficulté qu'il y a dans certains contrats à qualifier l'obligation de non concurrence de légale ou de volontaire.

d'une même obligation et l'existence d'un contrat qui pouvait certes avoir une influence sur une clientèle, mais dont celle-ci lui était extérieure. Autrement dit, nous espérons pouvoir constater une coïncidence, d'une part entre les contrats concernant la totalité du poste professionnel et une obligation de non concurrence d'origine légale, et d'autre part, entre les contrats concernant un élément du poste professionnel et une obligation de non concurrence d'origine volontaire. Indispensable dans les premiers, l'obligation de non concurrence devrait s'imposer aux contractants comme contenue dans la réglementation légale du contrat. Nullement indispensable dans les seconds, l'existence de l'obligation de non concurrence devrait être laissée à la libre appréciation des parties.

Or, si cette coïncidence se vérifie généralement dans le cadre des contrats concernant un élément du poste professionnel (1), elle n'existe nullement dans les contrats concernant la totalité du poste professionnel. Notre droit consacre en effet dans ce cas une curieuse dualité. Si la clientèle du poste professionnel considéré est réputée cessible, son transfert sera assimilé à une vente et l'obligation de non concurrence analysée comme l'expression de la garantie du fait personnel due par tout vendeur. Dans ce cas l'obligation de non concurrence sera toujours une obligation contractuelle d'origine légale.

Si, au contraire, la clientèle de ce poste professionnel est réputée incessible, son transfert n'est jamais analysé comme une vente. Aucune garantie de droit n'existant, l'obligation de non concurrence sera toujours une obligation contractuelle d'origine volontaire.

Nous ne pouvons nous satisfaire d'une distinction aussi brutale entre des opérations apparemment voisines de transfert de poste professionnel.

La qualification de la source de l'obligation de non concurrence, légale ou volontaire, dépendant étroitement du statut juridique que l'on reconnaît à la clientèle, bien réputé cessible ou incessible, on peut se demander si la distinction établie par notre droit entre ces deux catégories de clientèle est justifiée. Nous ne le pensons pas. Aussi voudrions-nous démontrer l'unité de la notion de clientèle et, de ce fait, l'unité de qualification des sources de l'obligation de non concurrence dans les transferts de clientèle.

— CHAPITRE I — *L'unité de la notion de clientèle.*

— CHAPITRE II — *L'unité de qualification juridique de l'obligation de non concurrence dans les transferts de clientèle.*

(1) La seule exception réside dans l'obligation de non concurrence qui pèse de plein droit sur le salarié pendant la durée du contrat de travail. Cette obligation n'a pas un fondement légal précis. Elle peut être justifiée par la communauté d'intérêt qui lie l'employeur et le salarié. Voir *supra*, p. 82 et s.

CHAPITRE I

L'UNITÉ DE LA NOTION DE CLIENTÈLE

107. Ni le législateur, ni la jurisprudence n'ont eu jusqu'à ce jour le souci de donner une définition de la clientèle. Ce silence est peu troublé par les travaux de la doctrine (1). Cet état de fait ne manque de surprendre lorsqu'on sait l'importance de cette notion autour de laquelle le droit commercial moderne a construit ce bien nouveau qu'est le fonds de commerce, instrument de travail du commerçant mais aussi souvent l'élément le plus important de son patrimoine. De même, la généralisation des « cessions de clientèles civiles » n'a pas été l'occasion pour les tribunaux de s'attacher à définir la notion de clientèle. Faut-il ratifier cette absence de recherche conceptuelle? Est-il suffisant — et satisfaisant pour l'esprit — d'affirmer que la clientèle, élément essentiel du fonds de commerce, et à ce titre qualifiée de meuble incorporel, puisse être vendue comme tout bien alors que la clientèle des professions libérales serait « incessible et hors commerce » ne pouvant à ce titre faire l'objet d'une cession?

Il est nécessaire, avant de rechercher la qualification juridique de la clientèle, d'essayer, dans un souci de clarté trop souvent sacrifié en cette matière, de démontrer ce que recouvre en réalité cette notion.

Section I. — La notion de clientèle.

108. On doit tout d'abord remarquer que la clientèle apparaît comme l'ensemble des clients, c'est-à-dire comme un ensemble de personnes en relations avec un professionnel dans l'exercice de son activité. Mais, faire une telle observation, n'est-ce pas énoncer un

(1) Voir cependant l'étude de M. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 8 et s., ainsi que l'article de M. R. SAVATIER, « l'Introduction et l'évolution du bien clientèle dans la construction du droit positif français », *Mélanges Maury*, T. II, p. 559 et s.

truisme? Elle mérite cependant d'être retenue parce qu'essentielle et trop souvent oubliée.

Intrinsèquement, la clientèle est d'abord un ensemble de personnes, « un peuple d'hommes et de femmes » (1). La généralité de cette remarque permet d'affirmer que tout professionnel a vocation à réunir autour de lui une clientèle dans le cadre de son activité. Un médecin ou un avocat, un commerçant ou un industriel, du fait même de l'exercice de leur activité professionnelle, tendent à la formation d'une clientèle. Le but même de l'exercice de leur profession est d'entrer en relation avec le public, d'avoir des clients, une clientèle. En effet, en dernier ressort, une activité professionnelle n'est profitable — et considérée comme telle — que dans la mesure où elle est source de bénéfices. Or ces bénéfices sont nécessairement liés à la présence d'une clientèle. De même, nécessairement, les individus, pour satisfaire leurs besoins croissants, s'adressent à ces différents professionnels. A ce propos, M. Leclercq a pu écrire, que « la notion de clientèle évoque d'abord un phénomène sociologique de relations humaines » (2). Ce phénomène est aussi ancien que la division sociale du travail.

La présence de besoins de produits ou de services ou, pour parler comme les économistes, l'existence d'une demande, suscite une offre correspondante. La clientèle représente alors essentiellement la conquête momentanée d'une portion d'un marché de produits ou de services par un professionnel déterminé.

Nous nous attacherons à l'étude des sources des relations d'affaires établies entre le public et un professionnel et à l'analyse du caractère dynamique de la clientèle.

§ I. — LES FACTEURS DE LA CLIENTÈLE.

109. L'établissement des relations d'affaires, le recours par le public aux différents professionnels dans l'exercice de leur activité ont des causes multiples.

Parfois, étant a priori admis l'existence de besoins, d'une demande, ces relations sont « forcées ». Il en est ainsi pour les titulaires de postes professionnels qui jouissent d'une situation de monopole de droit ou de fait. Mais, le plus souvent, la liberté préside au choix effectué par les individus.

Les éléments qui, en fait, sont alors à la source du rapport qui s'établit entre un professionnel et un individu déterminé sont fort variés. Ces facteurs de clientèle peuvent être, soit personnels, dépendants de la personnalité du professionnel ou de ses collaborateurs : compétence humaine et technique réelle ou présumée, soit matériels : qualité des produits et des services, organisation des méthodes d'exploitation, situation des locaux, soit enfin résultants de circonstances extérieures, d'une conjoncture particulière dont jouit l'activité profes-

(1) R. SAVATIER, *op. cit.*, p. 574.

(2) *Op. cit.*, p. 8.

sionnelle, la mode par exemple. Les sources des relations d'affaires proviennent donc essentiellement d'éléments personnels, d'éléments matériels et de circonstances extérieures.

110. Sur la base de ces constatations certains auteurs ont voulu distinguer, selon les motivations des relations d'affaires, la clientèle stricto sensu de l'achalandage, la première groupant les individus déterminés par des facteurs personnels par opposition au second, représentatif de l'ensemble des personnes attirées par les facteurs matériels (1).

Cette distinction doit être rejetée car le départ entre ces deux causes de l'établissement des relations est en pratique impossible. De plus il paraît singulièrement arbitraire d'envisager la possibilité de création de relations d'affaires motivées par la seule « personnalité humaine », c'est-à-dire marquées par des contacts humains, des relations de personne à personne, en faisant abstraction de la « personnalité technique » du professionnel qui est à la source d'un pôle d'attraction à travers l'exploitation dans son ensemble et se trouve ainsi intégrée dans des facteurs matériels (2).

111. On doit de même combattre la distinction établie par la doctrine et appliquée par la jurisprudence entre les clientèles commerciales et les clientèles civiles, les premières étant, dit-on, attachées à des choses, alors que les dernières impliqueraient des relations de confiance personnelle essentiellement marquées d'intuitus personae.

Cette distinction méconnaît la réalité car, nécessairement, les deux facteurs, matériel et personnel, coexistent toujours et ceci aussi bien dans le cadre des professions commerciales que dans celui des professions libérales. La situation géographique, le matériel d'un cabinet médical ou dentaire seront certainement source de clientèle au même titre que l'emplacement et l'outillage d'un fonds de commerce. De même, l'activité professionnelle qu'elle soit commerciale ou libérale met en jeu l'intelligence et la science du titulaire du poste professionnel et le rôle des qualités personnelles et de compétence du professionnel sont aussi importantes dans le développement d'une activité commerciale que dans l'exercice d'une profession libérale.

Sans doute, doit-on remarquer que la part d'intuitus personae est généralement plus grande dans les relations établies entre un médecin

(1) Voir en particulier EMELINA, *Essai d'une théorie générale de la clientèle*, Thèse, Montpellier 1907, p. 52 et s.

(2) Nous ne pouvons souscrire à la distinction établie par certains auteurs entre d'une part les relations suivies et renouvelées qui constitueraient seules la clientèle et d'autre part les relations passagères que l'on devrait reconnaître dans la notion d'achalandage. Cette distinction paraît difficilement applicable. En particulier, à partir de quel instant et quel degré d'assiduité faudra-t-il constater pour considérer que l'on se trouve non plus en face d'un chaland mais d'un client? A priori tout individu qui entre en rapport d'affaires avec un professionnel n'est-il pas un client? Le langage commun ne connaît-il pas à côté de l'expression « clientèle d'habités » celle de « clientèle de passage »?

et son patient qu'entre le titulaire d'un fonds de commerce et sa clientèle. L'importance relative des facteurs matériels et personnels est variable mais ce n'est là qu'une différence de degré qui ne justifie pas l'établissement d'une dualité de nature entre les clientèles commerciales et les clientèles libérales (1). A leurs sources participent des éléments matériels et personnels sans qu'il soit d'ailleurs possible de mesurer avec précision la part de chacun si ce n'est peut-être à l'occasion du remplacement d'un professionnel par son successeur.

112. Enfin et surtout, nous pensons qu'une erreur profonde est commise lorsque envisageant les causes de l'existence d'une clientèle on se réfère aux idées de confiance ou encore d'habitude (2). On aboutit ainsi à analyser la clientèle à travers le client envisagé à titre individuel et, s'il ne faut pas oublier que la clientèle est composée de personnes, il ne faut pas plus omettre de penser qu'elle constitue un ensemble et que c'est sous cet aspect qu'elle est envisagée par le titulaire du poste professionnel, plus que sous son angle individuel. La clientèle est une masse anonyme qui détermine le chiffre d'affaires réalisé par un professionnel. C'est une masse mouvante, écrit M. Catala, dont les individualités composantes se renouvellent mais dont la continuité globale s'exprime abstraitement par la stabilité ou les progrès du chiffre d'affaires » (3).

D'autre part, parler de confiance et d'habitude, c'est analyser la clientèle « a posteriori ». En effet la confiance est un sentiment qui ne peut s'établir, en règle générale, entre des personnes qui ne sont pas en relation et dans notre hypothèse en relation d'affaires. C'est dire que le sentiment de confiance existant entre un client et un professionnel est moins la cause que la conséquence de l'établissement des relations (4). En règle générale, la confiance ne prend naissance que postérieurement à la création des rapports d'affaires. Or, écrit justement M. Leclercq, « il importe surtout de savoir pourquoi se créent les rapports d'affaires eux-mêmes plutôt que de savoir quels ils sont après cette création » (5).

La fidélité résultant de la confiance ou de l'habitude décrit les relations existantes et non les raisons de la création de ces relations. Certes, ces notions de confiance et d'habitude (6) expriment une part de vérité

(1) En ce sens, voir : BELLET, note *J.C.P.* 1954, 8249 ; DELBERT, *op. cit.*, p. 30 et s. ; ESMEIN, *G.P.* 1952, Doct. p. 14 ; JULIEN, « Les clientèles civiles », *R.T.D.C.* 1963, p. 213 et s. ; P.L.P., note *D.* 1943, 121 ; NAST, note *D.C.* 1940-2, 1 ; PERCEROU, note *D.* 1956, 523 ; J. SAVATIER, *op. cit.* et note *J.C.P.* 1955-I, 8470.

(2) Voir DIDIER, Note sous Toulouse, 16 juin 1966, *J.C.P.* 1966-II, 14830.

(3) « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *R.T.D.Civ.* 1966, p. 205.

(4) Cependant, parfois la confiance est présumée dans certains signes extérieurs de l'organisation du poste professionnel.

(5) *Op. cit.*, p. 17.

(6) Il faut remarquer que l'habitué n'est pas nécessairement mû par un sentiment de confiance.

dans la description des motivations du renouvellement des rapports d'affaires au niveau du client individu, mais elles ne doivent pas avoir pour conséquence de créer une différenciation fondamentale au sein de la notion de clientèle.

§ II. — LE CARACTÈRE DYNAMIQUE DE LA CLIENTÈLE.

113. Une analyse de la clientèle serait incomplète si l'on omettait d'envisager ce phénomène sous un angle dynamique.

Il importe plus de savoir ce que sera une clientèle que de rechercher ce qu'elle est actuellement ou, tout au moins, une analyse statique de la clientèle présente peu d'intérêt en elle-même si elle n'est pas dirigée vers le futur, si on cherche pas à la projeter dans l'avenir.

En effet, c'est le caractère de permanence, de durée du volume des relations établies entre un professionnel et le public qui détermine la prise en considération de la clientèle en tant que valeur. À côté de la clientèle-revenus, rémunération du travail, de l'activité du titulaire du poste professionnel, est aperçue depuis le début du XIX^e siècle une notion de clientèle-capital, projection dans l'avenir de la clientèle-revenus, valeur représentative de chances de revenus futurs.

Ces deux aspects de la clientèle sont étroitement liés car la mesure des bénéfices futurs sera souvent effectuée en considération des bénéfices actuels et passés. La valeur de la clientèle reposant sur la constance probable du volume des relations d'affaires existantes. Cette continuité apparaît au premier abord extrêmement fragile soit que l'on retienne la liberté de choix des clients, soit que l'on envisage le principe de la liberté de la concurrence qui permet à chacun de conquérir la clientèle, soit enfin, dans l'hypothèse d'une cession, que l'on constate l'influence des facteurs personnels qui se trouvent à la source de la clientèle.

Cependant l'analyse démontre qu'il existe des freins à la mobilité de la clientèle. Ceux-ci peuvent être objectifs, comme la localisation géographique du poste professionnel ou psychologique, comme l'irrationalité du choix effectué par les clients. M. Leclercq écrit que « le phénomène clientèle ne fait que constater les limites que les clients eux-mêmes acceptent dans ce libre choix » (1). Enfin, dans l'hypothèse de la transmission de la clientèle, il faut remarquer que la probabilité de constance est d'autant plus grande que la clientèle est dépersonnalisée (2). Or, dans tous les secteurs professionnels on peut observer

(1) *Op. cit.*, n° 18.

(2) Le terme « dépersonnalisé » doit être entendu dans un sens étroit. Il s'applique aux relations humaines de personne à personne qui peuvent s'établir entre le titulaire d'un poste professionnel et ses clients. Mais il ne faut pas oublier pour autant qu'à travers les facteurs matériels auxquels est attachée la clientèle s'exprime l'activité personnelle du professionnel, donc sa « personnalité technique » à laquelle se trouve attachée la clientèle. Voir *supra*, p. 99.

une évolution en ce sens. En même temps que se sont développés les besoins et les possibilités de les satisfaire, les transformations économiques ont déterminé un attachement croissant des clients aux choses, aux facteurs matériels, au détriment des relations personnelles et ceci en raison notamment de la multiplication et de l'élargissement des relations d'affaires. Par essence fugitive, la clientèle présente cependant en pratique une certaine continuité.

Sous cet aspect la clientèle est non seulement un ensemble d'individus qui contractent avec un professionnel et lui permettent de réaliser des bénéfices actuels, c'est encore et surtout un potentiel de bénéfices futurs, la probabilité qu'un certain niveau des relations d'affaires sera maintenu, c'est une demande relativement stable ou, comme l'écrivait Ripert, « une possibilité de contrats futurs et renouvelés » (1).

Dans cette perspective il est tentant de faire appel aux notions déjà rencontrées de confiance et d'habitude, ces dernières impliquant la même idée de constance, de continuité, des relations d'affaires. Sans nier la réalité de ces deux notions nous ne pouvons cependant les retenir dans l'optique conceptuelle qui est la nôtre. Tout au plus, ont-elles une valeur explicative partielle.

En effet, le caractère de permanence de la clientèle, le fait d'envisager celle-ci, comme une chance ayant une consistance appréciable, ne se traduit pas nécessairement par la probabilité que les anciens clients s'adresseront à nouveau dans l'avenir au même professionnel, mais bien plutôt par la constance probable du nombre des clients, des relations d'affaires.

C'est une appréciation quantitative qui intervient et non qualitative ; peu importe si les relations d'affaires sont renouvelées par les mêmes personnes ou par des personnes différentes. Retenir une solution contraire, c'est envisager la clientèle au niveau du client individu et non comme un ensemble d'individus, comme un ensemble de relations d'affaires établies entre le public et un professionnel.

Nous ne nions pas, par là, le caractère fondamental de la clientèle qui est celui d'être avant tout « un peuple d'hommes et de femmes ». Mais nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de déterminer s'il s'agit de tel homme ou de telle femme. La clientèle n'est pas tellement une

(1) Ces deux aspects de la clientèle sont mis en lumière dans de nombreux droits étrangers. C'est ainsi que le droit italien distingue la « clientèle » de « l'avviamento » ce dernier représentant la possibilité de bénéfices futurs. En droit anglais, c'est le terme « goodwill » qui traduit l'idée dynamique de la notion de clientèle.

En droit français la distinction clientèle-achalandage a souvent été retenue pour exprimer ce double aspect de la clientèle. La clientèle étant présentée comme l'ensemble des personnes actuellement en rapport d'affaires avec un professionnel alors que l'achalandage représenterait la possibilité future de clientèle. Pour notre part nous rejetons cette distinction car clientèle actuelle et possibilité de clientèle future sont deux aspects entièrement liés d'une même notion. D'ailleurs l'argument législatif avancé pour soutenir la dualité clientèle-achalandage qui trouve sa source dans les art. 1 et 9 de la loi du 17 mars 1909 relative au fonds de commerce n'existe plus dans le second avant-projet de la loi relatif au fonds de commerce. L'art. 1^{er} de ce texte dispose que « le fonds de commerce comprend obligatoirement une clientèle » écartant ainsi la notion d'achalandage.

somme de relations d'affaires individualisées qui, une fois créées, se continueraient dans le temps, mais, bien plutôt, une somme de créations renouvelées de relations d'affaires.

114. Le phénomène clientèle est une réalité sociologique. Il doit être analysé comme un ensemble, comme une masse anonyme dont l'expression doit être recherchée dans le chiffre d'affaires réalisé par un poste professionnel. Mais, en même temps, il faut sans cesse avoir présente à l'esprit cette vérité selon laquelle, irréductiblement, la clientèle se compose d'individus libres de tout lien juridique contraignant.

D'autre part, il faut affirmer l'unité de la notion de clientèle. Certes, l'analyse a démontré des différences de degré entre les clientèles commerciales et les clientèles des professions libérales, mais ces constatations ne justifient pas une différenciation catégorique entre ces deux formes de clientèle. Fondamentalement, la clientèle a pour base l'activité humaine, celle du commerçant ou du médecin, activité plus ou moins intégrée dans des biens plus ou moins à l'état brut, mais dont la présence est indispensable à l'existence du poste professionnel.

En définitive, la clientèle nous paraît pouvoir être définie comme l'ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et le titulaire d'un poste professionnel et qui, généralement, trouvent leurs sources dans l'attraction du poste professionnel, elle-même représentative de facteurs matériels et personnels conjugués.

115. La prise en considération de la clientèle par le droit est récente. La reconnaissance de la valeur de la clientèle par le droit, écrivait Ripert, constitue une conquête du régime capitaliste. Elle consiste à donner au travail d'une personne le caractère d'un bien transmissible et cessible et donc à faire passer ce travailleur dans la classe des capitalistes » (1). Cette évolution s'inscrit dans le cadre d'un mouvement de valorisation de l'activité humaine, celle-ci apparaissant comme une source importante de richesse (2). Cependant la qualification juridique de la clientèle est délicate à définir.

Section II. — Qualification juridique de la clientèle.

116. L'étude de la notion de clientèle a fait disparaître son unité fondamentale. L'opposition, longtemps soutenue, entre les clientèles civiles et les clientèles commerciales n'est pas justifiée. Civile ou commerciale, la clientèle est un ensemble de personnes source de bénéfices. En outre, dans tous les domaines, les professionnels ont démontré la possibilité de capitaliser cette source de bénéfices en la transmettant.

(1) *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, n° 76.

(2) Voir P. CAJALA, *op. cit.*, n° 22 et s.

Le problème de la qualification juridique de la clientèle doit donc être envisagé sans distinguer le caractère civil ou commercial de cette dernière.

Le droit positif consacre cependant une solution contraire en qualifiant la clientèle commerciale, élément essentiel du fonds de commerce, de meuble incorporel pouvant être cédé alors que la clientèle civile est déclarée incessible et hors commerce. Cette dualité est certainement critiquable car l'analyse a montré le caractère unitaire de la clientèle. Et si la clientèle est un bien susceptible d'appropriation, la position jurisprudentielle déclarant incessibles les clientèles civiles doit être critiquée. Si, au contraire, l'analyse juridique démontre l'impossibilité d'appropriation de la clientèle, c'est la construction du fonds de commerce qui doit être remise en cause.

La notion moderne de bien est essentiellement caractérisée par l'idée d'utilité économique. La clientèle présente indéniablement un tel caractère car, en son absence, l'exercice d'une activité commerciale ou libérale ne peut être profitable ; elle détermine le volume du chiffre d'affaires, donc des bénéfices réalisés par les titulaires des postes professionnels.

Mais, d'autre part, notre droit consacre le principe de la liberté de la concurrence et la clientèle est composée de personnes, d'hommes et de femmes, enfin, son existence est étroitement liée au développement d'une activité professionnelle, d'une activité humaine.

Ce sont ces constatations contradictoires, de l'utilité économique, du caractère de richesse de la clientèle et de l'inéluctable vérité selon laquelle cette clientèle est avant tout un ensemble d'individus que l'on ne peut contraindre, groupés autour d'une activité professionnelle, qui rendent malaisée la qualification juridique de la clientèle.

§ I. — LA CLIENTÈLE EST-ELLE UN BIEN?

117. M. Catala, en étudiant « les transformations du patrimoine dans le droit civil moderne » (1), remarque que « le délabrement des droits traditionnels a souvent pour corollaire l'apparition de droits nouveaux prélevés sur eux. Mais tous ne naissent pas de la sorte. Il en est qui se constituent spontanément par l'octroi d'une protection juridique à une valeur économique latente qui n'était pas organisée en forme de droit. Ainsi sont nées les propriétés dites intellectuelles et les droits de clientèles commerciales ou civiles ».

Cependant, si on admet aujourd'hui que toute activité professionnelle qui a pour but de créer ou de conserver une clientèle constitue une richesse, représente une valeur économique, nous devons remarquer que dans ce domaine la traduction de l'économique au juridique est périlleuse. Il ne suffit pas en effet de constater que la clientèle représente une valeur pouvant être cédée et d'affirmer, pour cela, qu'elle

(1) *R.T.D.Civ.* 1966, p. 185 et s.

doit être qualifiée de bien juridique. Ce serait affirmer avec trop de hâte. Ce serait surtout oublier que la clientèle est un ensemble de personnes que l'on ne peut contraindre (1). Ce serait enfin méconnaître le rôle déterminant de la personnalité du professionnel.

118. On a cependant soutenu que la clientèle était un bien susceptible d'appropriation, un objet de droit (2).

Entre les biens matériels susceptibles de propriété et les choses incorporelles, existerait une troisième catégorie d'objets de droits : les valeurs.

Défendant cette thèse, M. Delbert écrit « Du moment qu'une production de l'activité humaine est profitable et suffisamment extériorisée cette production constitue une chose. Dès lors, cette valeur est assimilée quant à sa nature juridique à l'argent qu'elle représente et ainsi traduite apparaît manifestement comme une chose dans le commerce et donc susceptible de propriété » (3).

C'est sur une base voisine que le Doyen Roubier a construit la théorie des « droits de clientèle », droits qui sont l'expression de « valeurs ». « La situation juridique des valeurs, écrit le Doyen Roubier, est entièrement subordonnée à la réalisation de bénéfices et la réalisation de bénéfices l'est elle-même en fonction de la clientèle. Les valeurs dans la vie économique se définissent par la somme de clientèles qu'elles représentent ; la clientèle constitue une valeur, c'est-à-dire un bien au sens juridique du mot » (4).

La démonstration ne peut convaincre. L'expression « droits de clientèles » désigne la destination économique mais ne peut être retenue comme qualification juridique.

Affirmer que la clientèle constitue une valeur, ce n'est pas la qualifier juridiquement, mais énoncer une réalité économique. Le terme même de « valeur » n'a aucune signification juridique précise. Dire que la clientèle représente une valeur ce n'est pas démontrer qu'elle puisse être un objet de droit. Ce serait un contresens, d'ailleurs fréquemment commis, écrit M. Leclercq, de traiter cette valeur comme si elle était un objet concret de droits. Une valeur ne peut être appréhendée que si elle est dégagée par un ensemble de contrats, elle n'en est pas l'objet direct, elle ne peut en être que la cause » (5).

119. Le principe doit donc être posé selon lequel une clientèle, civile ou commerciale, ne peut être juridiquement qualifiée de bien en elle-même. La clientèle n'est pas un objet de droit, son titulaire

(1) Nous écartons ici l'hypothèse où les relations d'affaires entre un professionnel et la clientèle sont traduites par des liens juridiques. Il en est ainsi des clientèles qui sont liées à leur fournisseur par un contrat d'approvisionnement.

(2) DELBERT, *Les contrats de transfert de clientèle civile*, Thèse, Paris 1943 ; GOMBEAUX, *Nature juridique du fonds de commerce*, Thèse, Caen 1901.

(3) *Op. cit.*, p. 46.

(4) *Le droit de la propriété industrielle*, T. I, p. 105.

(5) *Op. cit.*, p. 85.

ne peut s'en prétendre le propriétaire car il n'a en réalité aucun droit sur elle (1). Cette position est nécessairement dictée par le respect de la liberté individuelle des personnes qui la composent. De même, elle seule est en harmonie avec le principe de la liberté de la concurrence. La maîtrise sur la clientèle est un pouvoir de fait non un droit. Cela est vrai, non seulement pour les clientèles des professions libérales, mais aussi pour les clientèles commerciales. Notre droit commercial pour avoir méconnu cette vérité a construit le fonds de commerce en porte-à-faux avec la réalité juridique.

En effet, la clientèle ne peut être analysée comme un élément du fonds de commerce sur lequel le commerçant aurait un droit de propriété et dont il pourrait disposer en la vendant ou en la donnant en location. C'est par un artifice, écrit M. Catala, qu'on la considère comme un élément de cet ensemble patrimonial qu'est le fonds de commerce » (2). Pas plus que la clientèle d'un médecin, la clientèle d'un commerçant ne peut être comprise comme constituant une propriété incorporelle dont on sait que le caractère essentiel est l'opposabilité absolue.

Le fonds de commerce est un ensemble d'éléments aptes à attirer et à retenir la clientèle, mais celle-ci est extérieure au fonds lui-même. Il faut se garder de confondre les supports de la clientèle et la clientèle elle-même (3).

§ II. — LA CLIENTÈLE PEUT-ELLE SE VENDRE?

120. Commerciale ou civile, la clientèle ne saurait être analysée comme étant constitutive d'un objet de droit. Cependant il est difficile

(1) De nombreux auteurs soutiennent cette thèse.

Voir : P. BELLET, Note *J.C.P.* 1954, 8249 ; P. CATALA, *op. cit.*, p. 205 ; DUMOUCHEL, *Étude juridique de la clientèle des professions libérales et des fonds de commerce*, Thèse, Paris 1907, p. 33 et s. ; P. JULIEN, « Les clientèles civiles. Remarques sur l'évolution de leur patrimonialité », *R.T.D.Civ.* 1963, p. 214 ; G. MINVIELLE, Note *D.* 1956, 146 ; NAST, note *D.* 1940-II, 1 ; PERCEOU note *D.* 1956, 523 ; J. SAVATIER, Note *J.C.P.* 1955-I, 8470.

Par contre, d'autres auteurs ont essayé de justifier la qualité de bien de la clientèle en soutenant que l'action en concurrence déloyale serait une action en détournement de clientèle. Voir *supra* p. 7 et la critique. On a tenté dans le même but de qualifier l'action en concurrence déloyale d'action en revendication, la clientèle étant ainsi analysée comme un objet de propriété pour son titulaire.

Mais en réalité, ce n'est pas la clientèle qui est protégée par l'action en concurrence déloyale, mais ses supports : brevets, marques de fabrique, enseigne ou les éléments de la personnalité du professionnel.

(2) *Op. cit.*, p. 206.

(3) En 1962, le 60^e Congrès des Notaires dont le thème était « Le statut juridique du fonds de commerce » refusa d'analyser la clientèle comme un élément du fonds de commerce et émit à une forte majorité le vœu « que la clientèle ne figure plus parmi les éléments du fonds de commerce et particulièrement comme un élément autonome ». Il est significatif que la Pratique rejoigne l'analyse théorique.

On doit cependant noter que l'article 1^{er} et 2 du second Avant-Projet de Loi établi par la Commission de Réforme du Code de commerce maintient le principe selon lequel « le fonds de commerce comprend obligatoirement une clientèle ».

de nier que cette valeur se négocie. Insusceptible d'appropriation, la clientèle peut-elle néanmoins être transmise?

Il est évident que la clientèle n'étant pas un bien ne peut être vendue ni donnée en gage ou en location. C'est par un abus de langage que l'on parle de « cession de clientèle ». A proprement parler il n'y a rien à céder car on ne saurait prétendre que les clients puissent faire l'objet d'une cession ni que le titulaire d'une clientèle puisse transmettre un droit opposable à la clientèle (1). En réalité, la clientèle est hors commerce. Aucune transmission directe n'est concevable. Vendre un fonds de commerce ce n'est pas vendre une clientèle mais céder des éléments qui ont démontré leur aptitude à attirer une clientèle.

Nous concevons qu'il soit « tentant de confondre la cause et l'effet — et que l'on puisse — parler d'une manière simple et elliptique de « cession de clientèle » (2). Cependant, même expliquée, cette pratique de langage est critiquable car elle objective la clientèle en la rattachant exclusivement à des choses. Or, nous savons que toutes les clientèles trouvent leurs sources non seulement dans des facteurs matériels mais aussi dans la personnalité, dans l'art du professionnel, c'est-à-dire dans des qualités qui ne peuvent se vendre.

L'illusion est possible lorsqu'il y a des objets de droit à céder auxquels on peut rattacher la clientèle. Il en est ainsi de l'office ministériel et du fonds de commerce qui sont de véritables propriétés incorporelles et dont, soit le monopole de l'office, soit les éléments du fonds, « sont des bases de rattachement assez solides et évidentes pour que leur cession explique celle de la clientèle et fasse oublier le rôle de l'intuitus personae dans l'opération » (3).

Il en est tout autrement lorsqu'on envisage les clientèles des professions libérales qui ne peuvent être rattachées à un monopole ou à un ensemble d'éléments qui constituerait un « fonds civil » (4). Alors apparaît clairement l'impossibilité de céder la clientèle, impossibilité aussi évidente d'ailleurs à propos de l'office ministériel ou du fonds de commerce mais qui, dans ces hypothèses, est partiellement masquée par la cession d'éléments objectifs.

121. Pourtant, les clientèles des professions libérales se transmettent. Mais l'opération ne peut, même par objet interposé, être qualifiée de vente car, ici, il n'y a rien à céder. Nous approuvons la jurisprudence d'avoir su garder, depuis un siècle et demi, une position logique en déclarant que les clientèles des professions libérales sont « incessibles et hors du commerce ». Il n'y a pas — malgré ce que pensent certains

(1) Les auteurs qui analysent la clientèle comme un objet de droit (voir *supra*, p. 104) soutiennent naturellement une thèse contraire, la clientèle, selon eux pouvant être l'objet d'une vente. Mais peut-on soutenir que la « cession » d'une clientèle se traduise par une « convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer » selon la définition de la vente donnée par le Code Civil.

(2) P. JULIEN, *op. cit.*, p. 215.

(3) P. CATALA, *op. cit.*, p. 204.

(4) V. LECLEERCQ, *op. cit.*, n° 63 et s.

auteurs — d'hypocrisie dans cette jurisprudence mais, bien plutôt, le refus de s'écarter de la réalité juridique et de faire de la clientèle, comme on tend à le faire en matière commerciale, un objet de propriété impossible.

L'absence de droit sur la clientèle a pour conséquence de faire que la transmission de celle-ci ne peut jamais être qu'indirecte. Mais, sous cette réserve, il est possible, au moyen d'engagements personnels et par la cession d'éléments objectifs sources de clientèle, de transmettre cette valeur.

La licéité d'une telle opération ne fait pas de doute. La Cour de cassation a eu l'occasion de l'affirmer : « Une convention n'est pas illicite par cela seul qu'elle est relative à une clientèle médicale » (1).

Nous avons vu que la clientèle des professions libérales se transmettait en pratique au moyen d'un double engagement souscrit par le professionnel qui se retire ; celui de présenter son successeur à la clientèle et celui de ne pas le concurrencer (2). « Ces stipulations, écrit M. R. Savatier, expriment seules la vérité humaine car on peut s'engager à recommander une autre personne qui contractuellement vous remplacera, à un peuple de clients. On peut, de même, s'engager envers ce remplaçant à ne plus contracter soi-même avec ce peuple de clients. On ne peut vendre ce peuple de clients » (3). Ce sont ces deux engagements, l'un positif, l'autre négatif, que recouvre l'expression « cession de clientèle ». Cette analyse peut être étendue à toutes les clientèles, notamment aux clientèles commerciales (4). La logique dicte cette solution. A l'unité de la notion de clientèle doit correspondre l'unité de son régime juridique. La transmission de la clientèle est réalisée, non par une vente, mais par une opération originale qui est causée par la clientèle, mais dont cette dernière n'en constitue pas l'objet. Elle est le but du contrat écrit M. Catala, les parties visent à procurer au successeur les chances les meilleures d'attirer à lui la clientèle de son prédécesseur » (5).

122. La transmission des clientèles, civiles ou commerciales, est une opération sui generis qui ne peut jamais se ramener à une vente. Ce que l'on nomme « cession de clientèle » ce n'est pas l'aliénation d'un bien, mais un ensemble d'engagements personnels pris par le « cédant », dans le but de transmettre une valeur qui ne peut, elle-même, faire l'objet d'une convention.

Seule, cette analyse respecte la véritable nature de la clientèle qui est avant tout un ensemble de personnes que l'on ne peut contraindre ; seule, elle rend compte du rôle de la personnalité du professionnel

(1) Cass. Civ., 16 mars 1943, *D.* 1943, 121.

(2) Voir *supra*, p. 58 et s.

(3) « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », *Mélanges Maury*, T. II, p. 574.

(4) En ce sens, voir P. CATALA, *op. cit.*, p. 206 ; NAST, note précit., J. SAVATIER, note précit.

(5) *Op. cit.*, p. 205.

dans la constitution et le maintien de la clientèle, seule enfin, elle témoigne du caractère essentiellement aléatoire de la transmission de la clientèle (1).

Lorsqu'on parle du « bien-clientèle » (2), il ne peut s'agir d'un objet de droit et il serait vain de prétendre que la clientèle puisse se céder. La clientèle n'est pas incluse dans le patrimoine, sa patrimonialisation s'est effectuée d'une manière indirecte. « Ce qui a une valeur patrimoniale, écrit excellemment M. NAST, c'est uniquement le droit pour l'exploitant du fonds de commerce de se faire éventuellement payer, au cas où il céderait son entreprise, le double engagement qu'il prendrait envers son successeur, de ne pas se rétablir pour lui faire concurrence et de le présenter à son ancienne clientèle en invitant celle-ci, directement ou indirectement, à lui conserver sa confiance. C'est ce droit qui est un bien et un élément du patrimoine » (3). Cette analyse est applicable à toutes les clientèles, la patrimonialisation de celles-ci est toujours indirecte (4).

(1) Dans la pratique, le prix des « cessions de clientèles » varie selon l'importance de l'aléa. Celui-ci sera plus ou moins important mais il existera toujours. « Dès lors qu'il s'agit d'une clientèle, écrit M. CATALA, l'aléa ne peut jamais être exclu car l'homme ne disparaît jamais. Plus *l'intuitus personae* est grand, plus l'aléa est grand » (Cours de doctorat, 1964-1965). Ce prix correspond au montant des revenus d'un semestre pour les médecins, d'une année pour les chirurgiens dentistes. Il est d'environ trois fois le montant moyen annuel des bénéfices pour les fonds de commerce. La carte de V.R.P. est évaluée généralement entre deux et trois fois le montant moyen des commissions. Enfin, pour les officiers ministériels, le prix est obtenu en multipliant la moyenne des produits nets des cinq dernières années par un coefficient qui est de 4 à 5,5 pour les études de notaires, avoués et commissaires priseurs, de 3 à 6 pour les avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation et de 7 à 8 pour les Greffiers.

(2) L'expression est de M. R. SAVATIER.

(3) NAST, note précitée.

(4) La jurisprudence confirme cette analyse. Par un arrêt du 9 novembre 1959 (*Bull. Civ. I*, n° 467, p. 388), la chambre civile décide, dans l'hypothèse d'une clientèle médicale, que la « communauté doit être indemnisée de la valeur patrimoniale du droit de présentation d'un successeur à la clientèle et de l'engagement de ne pas se rétablir dans un périmètre précis ». Dans le même sens, voir : *Cass. Civ.*, 29 avril 1954, *G.P.* 1954-I, 334. Plus récemment, la Cour de Riom (29 mars 1966, *G.P.* 1966, n° 180 à 182) a jugé que « le droit de présentation d'un successeur attaché au portefeuille d'un représentant de commerce statutaire constitue une valeur patrimoniale... ».

CHAPITRE II

L'UNITÉ DE QUALIFICATION JURIDIQUE DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE DANS LES TRANSFERTS DE CLIENTÈLE

123. L'étude du droit positif nous a permis de démontrer la double position de ce dernier au regard de la qualification juridique de l'obligation de non concurrence, position elle-même dictée par la dualité de qualification de la clientèle.

Dans les transferts de clientèle commerciale l'obligation de non concurrence est analysée comme une obligation de garantie s'incorporant dans les cadres classiques du droit de la garantie. Elle a pour rôle essentiel la protection d'un bien : la clientèle commerciale. Développée à partir de la vente du fonds de commerce, cette analyse a été étendue, avec plus ou moins de difficultés, aux autres opérations emportant transfert de propriété ou de jouissance d'un fonds de commerce en suivant le canal de l'obligation de garantie dans ces contrats (1).

A l'opposé, parce qu'il n'a pas été possible de découvrir dans la clientèle des professions libérales un bien susceptible d'être cédé, l'obligation de non concurrence, dans ce domaine, est comprise comme un engagement personnel nécessaire à la transmission de la clientèle, comme l'une des obligations essentielles d'une opération de transfert de type original (2).

Or, nous venons, croyons-nous, de démontrer l'unité de la clientèle commerciale et de la clientèle civile, ruinant ainsi la double qualification juridique attribuée par notre droit à l'obligation de non concurrence.

Aussi, voudrions-nous démontrer que, tant en matière commerciale qu'en matière civile, l'obligation de non concurrence ne peut être

(1) Voir *supra*, p. 37 et s.

(2) Voir *supra*, p. 62 et s.

considérée comme la traduction de l'obligation de garantie dans la vente, mais s'analyse en une obligation de ne pas faire originale, nécessaire à la transmission d'une clientèle.

Section 1. — Obligation de non concurrence et obligation de garantie.

124. Le titulaire d'une clientèle, civile ou commerciale, ne saurait s'en prétendre le propriétaire. La clientèle est irréductible à un objet de droit, elle ne peut être vendue. En réalité, aussi bien dans le domaine commercial que dans le domaine civil, on transmet une position vis-à-vis de la clientèle, position résultant d'un ensemble d'éléments objectifs et subjectifs, variables selon les hypothèses. L'opération de transfert de clientèle n'opère la transmission d'aucun droit entre le « cédant » et le « cessionnaire » (1).

Il semble difficile, dans ces conditions, d'analyser l'obligation de non concurrence comme une obligation de garantie, analyse pourtant approuvée par l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine en droit commercial. En effet, l'obligation de garantie dans notre droit a pour but de permettre à son créancier de posséder la chose qui lui est transférée d'une manière paisible et utile. La condition première de son existence est la présence d'un transfert de droit qu'elle est destinée à garantir. Or, transférer une clientèle, ce n'est pas transmettre un droit sur cette clientèle, mais seulement, par des moyens indirects, tenter de faire qu'un successeur prenne la place du professionnel qui se retire (2). Cette absence de transmission de droit ne permet pas à une obligation légale de garantie de prendre naissance, car celle-ci n'existe pas en elle-même, d'une manière autonome, mais ne constitue qu'une obligation accessoire dont l'objet est de renforcer l'exécution de l'obligation principale du contrat » (3).

En outre, il serait singulier, qu'existant, l'obligation de garantir la clientèle ne se manifeste jamais que par la garantie d'éviction du

(1) Voir *supra*, p. 106 et s.

(2) La situation est différente si un lien juridique existe entre les clients et le professionnel, si par exemple ceux-ci sont liés à ce dernier par un contrat d'approvisionnement. Dans cette hypothèse, la cession de cette clientèle réalise bien la transmission d'un droit, plus précisément la transmission d'une créance. L'obligation de non concurrence peut alors trouver sa source dans l'obligation de garantie qui pèse sur le cédant.

(3) B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Thèse, Paris 1963, p. 47. Le caractère accessoire de l'obligation de garantie est contesté par d'éminents auteurs (H.L. MAZEAUD et TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, T. I, n° 103, 8). Ceux-ci trouvent l'obligation de garantie à l'état pur dans le contrat d'assurances. Mais ces auteurs définissent l'obligation de garantie comme une obligation de réparer les dommages fortuitement. C'est là, relève avec justesse M. Gross, « ne retenir qu'un aspect de la garantie. En réalité, ce que l'on appelle garantie dans le contrat d'assurances, c'est l'obligation principale du contrat. Il y a là une erreur, la garantie ne peut jamais être qu'une obligation accessoire » (*op. cit.*, p. 48).

fait personnel due par le « cédant » et qu'il ne soit pas d'exemple dans la jurisprudence de la mise en œuvre de la garantie d'éviction du fait des tiers. L'explication est simple et démontre, s'il le fallait, l'impossibilité de qualifier la clientèle de bien au sens juridique. En effet, dans le droit de la garantie, seul le cédant doit garantir ses troubles de fait alors qu'il ne répondra que du trouble de droit provenant des tiers. Or, comment un tiers élèverait-il une prétention juridique sur la clientèle alors que celle-ci ne peut faire l'objet d'aucun droit?

Enfin, comment concevoir la garantie de la clientèle alors que par essence celle-ci est fugitive et fragile, alors, surtout, que notre droit consacre le principe de la liberté de la concurrence. Comment le « cédant » d'une clientèle pourrait-il garantir à son « cessionnaire » que la clientèle, « objet » de la convention ne s'évanouira pas au lendemain même de la « cession »?

L'assimilation faite par la jurisprudence entre l'obligation de non concurrence due par le « cédant » d'une clientèle et l'obligation de garantie due par le vendeur d'un bien est condamnée dans son principe même. L'obligation de garantie ne saurait accéder à la vie juridique car la transmission d'un droit, condition première de son existence, fait ici défaut.

125. Certes, dans l'hypothèse de la vente d'un fonds de commerce il existe une obligation de garantie. En effet, le fonds de commerce est un bien incorporel et il est unanimement admis que la cession d'un tel bien emporte les mêmes effets que la vente. En particulier le cédant devra garantir le cessionnaire de son fait personnel, il ne pourra contrarier par son fait la jouissance de cessionnaire sur le fonds de commerce. Mais on ne peut en conclure pour autant que cette garantie porte sur la clientèle car, comme nous l'avons soutenu, on ne peut malgré les termes de la loi de 1909 considérer la clientèle comme un élément du fonds de commerce sur lequel s'exercerait un droit de propriété (1).

La garantie ne peut porter directement sur la clientèle.

Cependant, de même que la théorie de la concurrence déloyale en protégeant les signes de ralliement de la clientèle protège indirectement celle-ci, de même la garantie due par le cédant d'un fonds de commerce se répercutera indirectement sur la clientèle qui est plus ou moins satellisée autour du fonds de commerce.

Cette remarque permet de déceler la source de l'erreur qui consiste à confondre l'obligation de non concurrence et l'obligation de garantie dans la vente du fonds de commerce. Primitivement, la clientèle n'était pas considérée comme un élément du fonds de commerce et lorsque les parties, outre le fonds, désiraient transmettre la clientèle, elles stipulaient une interdiction de concurrence à la charge du cédant. Mais rapidement la clientèle fut comprise comme étant un élément du fonds de commerce, plus encore, comme en formant l'élément essentiel sinon unique (2).

(1) Voir *supra*, p. 104 et s.

(2) Voir *supra*, p. 29 et s.

Malgré cette différence de contenu la cession de fonds de commerce fut toujours considérée comme une vente.

Le résultat sur le plan juridique est surprenant car il aboutit à ce que la vente du fonds de commerce s'étende à la clientèle, c'est-à-dire sur une valeur sur laquelle on n'a pas de droit, et, suite logique de cette erreur, que l'obligation de non concurrence soit qualifiée d'obligation de garantie inhérente à toute vente.

126. Cette absorption de l'obligation de non concurrence par le droit de la garantie est critiquable. Au contraire, pensons-nous, l'opposition doit être marquée entre l'obligation de garantie existant lors du transfert d'un droit et l'obligation de non concurrence contractée par le « cédant » d'une clientèle, obligation qui ne tend pas à garantir un droit mais à mettre un successeur à la place d'un professionnel qui se retire, à provoquer « la réussite d'une opération qui doit aboutir à créer une situation nouvelle pour une personne » (1).

L'objet de la convention par laquelle on transmet une clientèle civile ou commerciale n'est pas une obligation de donner, car il n'y a rien à donner. Plus précisément, l'objet de la convention est complexe. S'il existe des objets de droit attractifs de clientèle comme dans le fonds de commerce, le cédant aura certainement à leur égard une obligation de donner. Mais la convention, et cela dans toutes les hypothèses, a surtout pour objet une obligation de ne pas faire, l'obligation de ne pas faire concurrence au successeur, obligation qui remplace l'obligation de donner parce que celle-ci est impossible au regard de la clientèle (2).

Section II. — Source et rôle de l'obligation de non concurrence dans les transferts de clientèle.

127. La transmission de la clientèle est assurée par une opération originale dont les obligations sont toutes dirigées vers le même but : faire qu'un professionnel prenne la place d'un autre vis-à-vis d'une clientèle (3).

Le contenu de l'opération ne sera pas dans toutes les hypothèses exactement semblable. Certaines clientèles sont plus attachées à des choses qu'à la personne du professionnel. Ainsi, lors de la transmission d'une clientèle commerciale la présentation du successeur à la clientèle sera souvent réalisée, non par un engagement personnel du « cédant », mais par la transmission d'éléments objectifs contenus dans le fonds de commerce. Cependant, la vente de ces éléments attractifs

(1) P. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 98.

(2) L'obligation de ne pas faire est souvent accompagnée d'une obligation de faire, en particulier de l'obligation de présentation à la clientèle. Voir *supra*, p. 58 et s.

(3) Voir *supra*, p. 106 et s.

de clientèle, la cession du fonds de commerce, ne modifie pas la nature de l'opération. L'intervention personnelle du « cédant » reste nécessaire. Dans sa forme la plus restreinte elle sera toujours traduite par l'engagement négatif pris par ce dernier de ne pas concurrencer son successeur. Mais l'obligation de non concurrence, tout en présentant le caractère négatif d'une obligation de garantie du fait personnel, ne peut juridiquement lui être assimilée.

Dès lors, il est difficile de transposer le droit de la garantie à l'obligation de non concurrence. En particulier, quant à l'existence de l'obligation de non concurrence, nous rejetons la qualification d'obligation légale, existant de plein droit à la charge d'un contractant, que doctrine et jurisprudence s'accordent à lui reconnaître dans certains contrats, notamment en matière de mutation de fonds de commerce (1).

En effet, à défaut de disposition légale expresse — et sur ce plan notre législation est muette — l'obligation de non concurrence ne devrait pouvoir prendre naissance que par une manifestation de volonté des contractants. Étrangère à l'obligation de garantie due de plein droit par le vendeur d'un bien, l'obligation de non concurrence a nécessairement un caractère volontaire (2).

Ne pouvant résulter que de la libre convention des parties, l'obligation de non concurrence ne saurait être imposée par le juge. Pourtant on doit remarquer la tendance de la jurisprudence, en matière de « cession » de clientèle des professions libérales, à valider des obligations de non concurrence fort imprécises et même à sous-entendre cette obligation lorsqu'elle n'est pas expressément stipulée par les parties (3). Solution qui ne manque de surprendre car cette obligation porte une grave atteinte à la liberté individuelle d'établissement et d'exercice de la profession.

Les arguments avancés par les Tribunaux pour justifier leur décision sont souvent critiquables, notamment lorsqu'ils font appel à l'art. 1160 du Code civil, lequel dispose « qu'on doit suppléer dans les contrats les clauses qui y sont d'usage quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ».

C'est méconnaître, nous semble-t-il, le véritable rôle et la nature profonde de l'obligation de non concurrence dans le contrat de « cession » de clientèle que d'analyser celle-ci comme une clause du contrat, alors qu'elle constitue en réalité l'obligation sans laquelle l'opération ne saurait exister.

(1) Voir *supra*, p. 37 et s.

(2) En réalité, nous critiquons les moyens par lesquels la jurisprudence décide de l'existence de plein droit d'une obligation de non concurrence dans certains contrats en faisant appel au droit de la garantie. Le résultat en lui-même étant satisfaisant. En effet, il nous paraît souhaitable que dans toutes les opérations de transfert de clientèle, l'obligation de non concurrence s'impose de plein droit au cédant. Mais dans cette perspective l'intervention du législateur est nécessaire pour donner un fondement légal à l'obligation de non concurrence.

(3) Voir Paris, 3 août 1894, S. 1896-2, 156 : « Attendu que le contrat obligeait certainement quoique implicitement le Dr B. à cesser l'exercice de la médecine ».

Voir aussi Trib. Civ. Foix, 31 mars 1948, précité ; Lyon, 6 janvier 1958, précité.

128. Étrangère à l'obligation de garantie dans la vente par sa source, l'obligation de non concurrence l'est aussi par son rôle.

Il est évident que sans le couvert de l'obligation de non concurrence, l'acquéreur d'un poste professionnel chercher à se garantir du danger que présenterait une concurrence émanant de l'ancien professionnel dont il prend la succession. Par cette obligation le « cédant » ne garantit pas la clientèle mais son absence d'entreprise sur cette clientèle.

Cependant, ce rôle n'est qu'accessoire, ou tout au moins inclus dans un rôle plus large. L'obligation de non concurrence tend surtout à favoriser activement l'installation d'un successeur s'inscrivant ainsi plus dans le cadre de la « délivrance » de la clientèle que dans celui de sa garantie (1).

L'obligation de délivrance, écrit M^{lle} Catala, « existe indépendamment de toute dation chaque fois que le contrat commande de transférer au créancier un pouvoir de fait sur une chose sans que la propriété de celle-ci lui soit transmise » (2). Ne peut-on considérer l'obligation de non concurrence comme l'un des moyens de « livrer » la clientèle bien que celle-ci soit insusceptible d'appropriation. Le « cédant » ne pouvant transmettre un droit ne tente-t-il pas, par l'abandon de la clientèle entre les mains du « cessionnaire » et par l'engagement de ne pas le concurrencer, de transférer à ce dernier un pouvoir de fait sur la clientèle?

Nous pensons que la remarque faite par M. Leclercq pour les clientèles des professions libérales peut être généralisée à toutes les clientèles. « La clientèle, écrit cet auteur, semble ne pouvoir être soumise à la maîtrise d'un successeur que si celui qui l'a remise a rompu avec elle tout lien, s'il s'est engagé à ne plus exercer sa profession dans un secteur ou certains clients seraient susceptibles de le suivre » (3).

Ainsi en neutralisant pour l'avenir la concurrence du « cédant », l'obligation de non concurrence est indispensable non pas tellement pour garantir la clientèle que pour tenter d'en réaliser effectivement la transmission, celle-ci restant d'ailleurs toujours aléatoire (4). L'obligation de garantie est essentiellement une obligation de réparation. Or le créancier de non concurrence ne recherche pas tant l'assurance d'une réparation que l'effectivité de la transmission de la clientèle de son prédécesseur qui ne peut être réalisée que par l'abstention de ce dernier.

Le rôle de l'obligation de non concurrence apparaît donc différent du rôle de l'obligation de garantie.

L'obligation de non concurrence, obligation indispensable à l'opération de transmission de la clientèle, est une obligation conventionnelle étrangère, tant par sa source que par son rôle, à l'obligation

(1) Voir Nancy, 20 février 1959, *D.* 1959, 233.

(2) *La nature juridique du paiement*, Thèse, Paris 1961, p. 87.

(3) P. LECLERCQ, *op. cit.*, n° 97.

(4) C'est en ce sens que nous soutenons l'opposition entre le caractère principal de l'obligation de non concurrence dans le transfert de clientèle et le caractère accessoire de l'obligation de garantie dans la vente. Voir *supra*, p. 111 et s.

de garantie dans le contrat de vente. Seule cette analyse nous paraît correspondre à une vision réaliste de la notion de clientèle car elle démontre l'impossibilité d'appropriation de celle-ci et le rôle déterminant de la personnalité du professionnel dans l'opération de transfert de clientèle.

CONCLUSION DU TITRE II

129. L'analyse de la notion de clientèle nous a permis de constater que la dualité consacrée par notre droit entre les clientèles cessibles et les clientèles incessibles n'était pas fondée.

Toute clientèle, civile ou commerciale, est irréductible à la notion de bien et ne peut, à proprement parler, faire l'objet d'une cession. Dans tous les cas, le transfert d'une clientèle constitue une opération originale qui ne peut jamais être comprise comme une vente, en ce sens que le « cessionnaire » ne reçoit aucun droit portant sur la clientèle. Le « bien-clientèle » se concrétise seulement dans son patrimoine par un faisceau de créances contre le « cédant », créances au premier rang desquelles figure la créance de non concurrence.

L'obligation de non concurrence apparaît ainsi comme indispensable à l'opération de transfert de clientèle, celle-ci exigeant pour sa réussite que le « cédant » s'engage à ne plus exercer son activité dans le champ d'action où elle se déroulait jusqu'à présent.

130. Cette analyse suscite deux remarques. D'une part, l'obligation de non concurrence est de l'essence de toute convention ayant pour but de transférer une clientèle. D'autre part, l'obligation de non concurrence ne peut jamais s'identifier à l'obligation de garantie due de plein droit par tout vendeur, l'opération de transfert de clientèle ne pouvant jamais être qualifiée de vente. La simultanéité de ces deux observations n'est cependant pas satisfaisante. Indispensable à l'économie d'une convention, l'obligation de non concurrence ne peut cependant accéder à la vie juridique que par une manifestation de volonté des parties. Il est impossible de lui découvrir un fondement légal pour l'imposer aux contractants, l'appel au droit de la garantie dans la vente auquel a recours notre jurisprudence ne pouvant être admis.

Seule l'intervention du législateur en notre matière nous paraît susceptible de pouvoir apporter une solution qui satisfasse, à la fois, la sécurité juridique et la logique. En effet, lorsque apparaît un fait juridique nouveau, et il en est ainsi de la prise en considération par

notre droit de cette réalité sociologique et économique que représente la clientèle, deux voies sont ouvertes. Ou bien il faut essayer d'intégrer ces nouvelles notions dans les cadres et les catégories existant, ce qui présente un intérêt évident d'unité juridique, ou bien il est nécessaire de créer de nouvelles catégories juridiques, de nouveaux contrats ayant leur visage propre adapté aux besoins nouveaux.

En l'absence d'une intervention du législateur notre jurisprudence a choisi, en notre matière, la première option en intégrant l'obligation de non concurrence dans le droit classique de la garantie. Celui-ci se révélant totalement inadapté en tant qu'outil juridique, la deuxième option, c'est-à-dire l'intervention du législateur, nous paraît souhaitable.

DEUXIÈME PARTIE

LE CONTENU DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE

131. L'obligation de non concurrence ayant pris naissance, soit par l'effet de la volonté des parties à un contrat, soit sans que cette volonté se soit manifestée, l'obligation apparaissant alors comme la conséquence de la réglementation légale d'un contrat, il est nécessaire, les sources de l'obligation étant connues, d'en étudier le contenu.

L'obligation est un lien de droit existant entre deux personnes, et en vertu duquel, l'une est en droit d'exiger quelque chose de l'autre.

Cette définition laisse apparaître qu'une étude du contenu de l'obligation peut se situer à trois niveaux : au niveau des sujets, au niveau de l'objet, au niveau enfin de la sanction au cas d'inexécution. Nous suivrons cette méthode pour étudier le contenu de l'obligation de non concurrence.

Mais, dira-t-on, ces développements ne sont-ils pas inutiles? Assurément, si l'obligation de non concurrence se conformait au droit commun des obligations, le renvoi aux traités généraux consacrés au droit des obligations s'imposerait. La réalité est cependant tout autre. L'originalité de l'obligation de non concurrence s'affirme face aux règles du droit commun des obligations. L'étroite liaison existant entre l'obligation de non concurrence et la notion de clientèle, déjà mise en lumière dans l'étude des sources de l'obligation, se retrouvera dans celle de son contenu.

— TITRE I — *Les sujets de l'obligation de non concurrence.*

— TITRE II — *L'objet de l'obligation de non concurrence.*

— TITRE III — *La sanction de l'obligation de non concurrence.*

TITRE I

LES SUJETS DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE

132. L'obligation de non concurrence est un lien de droit existant entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles — le créancier de non concurrence — est en droit d'exiger une abstention de concurrence de la part de l'autre — le débiteur de non concurrence.

Quels sont les sujets actifs et passifs de l'obligation de non concurrence?

L'identification du débiteur et du créancier originaires, la détermination des sujets primitifs de l'obligation de non concurrence, ne présente pas de difficultés (1). D'une manière générale, les sujets de l'obligation de non concurrence s'identifient aux parties de certains contrats dont nous avons effectué le recensement dans notre première partie. L'étude des sources de l'obligation de non concurrence nous a en effet permis de constater que la jurisprudence, dans toute une série de contrats, impose une obligation de non concurrence à la charge de l'une des parties, au profit de l'autre. Il en est ainsi en matière de transfert de fonds de commerce (2), de cessions d'offices minis-

(1) La difficulté la plus importante a été examinée dans notre première partie. C'est en effet la question de savoir si tel ou tel contrat impose de plein droit une obligation de non concurrence à la charge d'une partie au profit de l'autre. Voir *supra*, p. 23 et s.

(2) Voir *supra*, p. 29 et s. En particulier sur les difficultés pouvant intervenir dans la détermination du débiteur de non concurrence en cas de vente forcée, en cas de faillite ou lorsque le fonds cédé est exploité sous forme sociale. Voir *supra*, p. 42 et s.

Il faut en outre tenir compte de la réglementation des régimes matrimoniaux pour déterminer les personnes obligées initialement par l'obligation de non concurrence. Si le fonds vendu est un bien commun les deux époux seront débiteurs de non concurrence. Il en sera de même si une femme commune au bien vend un fonds propre avec l'autorisation et l'assistance de son mari (application des art. 1409

tériels (1), de portefeuilles d'assurances (2) et de cartes de V.R.P. Toutes ces opérations font naître une obligation de non concurrence à la charge du cédant et au profit du cessionnaire. De même, pendant l'exécution du contrat de travail, le salarié est tenu de plein droit d'une obligation de non concurrence envers son employeur (3).

A côté des contrats emportant de plein droit une obligation de non concurrence à la charge de l'une des parties au profit de son cocontractant il en existe d'autres à l'occasion desquels les parties peuvent conventionnellement créer une obligation de non concurrence dont elles seront les sujets actifs et passifs. Tel est le cas de l'obligation de non concurrence souscrite par le « cédant » d'une clientèle civile au profit du « cessionnaire » (4), par le salarié au profit de son employeur pour le temps qui suivra l'expiration du contrat de travail (6) ou encore par le bailleur d'un local à usage commercial au profit du preneur (5).

Ainsi dans tous les cas, l'obligation de non concurrence légale ou conventionnelle a pour sujets actifs et passifs originaires les parties à une opération contractuelle dont le but est plus large que la seule obligation de non concurrence.

Cependant, si la détermination des sujets originaires de l'obligation de non concurrence ne présente pas de difficultés notoires, le problème s'élargit et se complique si on envisage les changements qui peuvent se produire dans la personne du créancier ou du débiteur de non concurrence : les ayants cause à titre universel prennent-ils la place de leur auteur, créancier ou débiteur de non concurrence?

L'obligation de non concurrence se transmet-elle activement et passivement aux ayants cause à titre particulier des sujets originaires?

— CHAPITRE I — *La transmission de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel des parties.*

— CHAPITRE II — *La transmission de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier des parties.*

et 1419 ancien C. Civ. Voir Grenoble, 29 avril 1957, *J.C.P.* 1958, éd. C.I., n° 61950, D. 1958-II.) On peut cependant se demander si de telles solutions doivent être approuvées. Elles reposent en effet sur l'idée selon laquelle l'obligation de non concurrence n'est que l'expression de l'obligation de garantie dans la vente, obligation qui oblige certainement la communauté. Or nous avons précédemment démontré l'inexactitude de cette assimilation. Nous pensons que la solution pourrait se trouver non dans l'application des règles des régimes matrimoniaux mais dans celle de la théorie du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle ; l'obligation de non concurrence restant toujours personnelle au cédant du fonds de commerce, mari ou femme. Voir *infra*, p. 189 et s.

(1) Voir *supra*, p. 53 et s.

(2) Voir *supra*, p. 54 et s.

(3) Voir *supra*, p. 56 et s.

(4) Voir *supra*, p. 85 et s.

(5) Voir *supra*, p. 69 et s.

CHAPITRE I

LA TRANSMISSION DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE AUX AYANTS CAUSE A TITRE UNIVERSEL DES PARTIES

133. Lorsque l'un des sujets de l'obligation de non concurrence décède, la question se pose de savoir si ses successeurs à titre universel prennent la place de leur auteur dans le rapport obligatoire. Autrement dit, les ayants cause à titre universel du créancier de non concurrence peuvent-ils invoquer à leur profit l'obligation de non concurrence? Inversement, les ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence sont-ils tenus de la dette de non concurrence qui pesait sur leur auteur?

La réponse à cette question ne devrait soulever en principe aucune difficulté particulière. En effet, « si toute obligation quelle qu'elle soit ne lie que le créancier et le débiteur désignés par le contrat ou la loi » (1) et si, du vivant d'une personne les contrats qu'elle conclut n'ont aucun effet sur ses futurs ayants cause à titre universel, en revanche, au décès, d'une partie, ces derniers prennent les lieu et place de leur auteur et deviennent créancier ou débiteur comme l'était celui-ci. Recevant tout le patrimoine ou une fraction arithmétique de ce patrimoine, les ayants cause à titre universel succèdent à leur auteur dans les droits et obligations de ce dernier (2).

Ce principe supporte deux exceptions énoncées par l'art. 1122 du Code civil. Les ayants cause à titre universel prennent la place de leur auteur dans le rapport obligatoire « à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ». Si les parties ont entendu écarter la transmission de l'obligation à leurs ayants cause à titre universel leur volonté fera échec au principe de la transmission. En second lieu, la nature de la convention peut en exclure

(1) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, T. II, p. 673.

(2) Sous réserve de l'acceptation de la succession ou du legs.

la transmission aux ayants cause du défunt. Il en est ainsi lorsque la convention a été conclue en considération de la personne du contractant, *intuitu personae* (1).

Tels sont les grands traits que commandent la transmission aux ayants cause à titre universel des droits et obligations de leur auteur.

En application de ces principes, l'obligation de non concurrence devrait être transmise tant du point de vue actif que passif aux ayants cause à titre universel des sujets originaires, sauf si ceux-ci ont exprimé une volonté contraire ou si la nature de l'obligation de non concurrence s'y oppose. Qu'en est-il en droit positif?

— SECTION I — *La transmission active de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel.*

— SECTION II — *La transmission passive de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel.*

Section I. — La transmission active de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel.

134. La jurisprudence a toujours décidé que l'obligation de non concurrence passait sur la tête des ayants cause à titre universel du créancier de non concurrence (3). Elle est approuvée en cela par l'ensemble de la doctrine (4). Ce n'est là que la conséquence logique de la transmission du patrimoine aux ayants cause à titre universel. Continuateurs de la personne du défunt, ceux-ci pourront invoquer à leur profit la créance de non concurrence de leur auteur (5).

Cette solution est logique. En effet, la nature de l'obligation de non concurrence ne s'oppose pas, en principe, à une telle transmission. Du côté actif, l'obligation de non concurrence n'est pas, en règle générale, personnelle au créancier, elle n'a pas été souscrite en considération de la personne de ce dernier. Bien au contraire, l'obligation de non concurrence tend à s'incorporer au poste professionnel et apparaît attachée à celui-ci plus qu'à la personne du titulaire de ce même poste professionnel.

(1) M. P. VOIRIN, Note sous Lyon, 16 mai 1928, *D.P.* 1928-2, 197, a relevé avec justesse qu'en réalité « l'*intuitus personae* affecte l'obligation et non pas le contrat ».

Cela dit, l'effet est identique, l'intransmissibilité de l'obligation entraînant l'intransmissibilité du contrat. Encore faut-il remarquer que l'*intuitus personae* existe parfois des deux côtés, parfois d'un seul.

(2) La question ne se pose que si l'ayant cause à titre universel recueille dans le patrimoine de son auteur le poste professionnel auquel se rapporte l'obligation de non concurrence.

(3) Voir : Paris, 19 mai 1949, *S.* 1949-2, 553 ; Paris, 13 nov. 1883, *S.* 1884-2, 40.

(4) Voir : A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, T. II, p. 347 ; SCHRAMECK, *De la clause de non rétablissement dans les ventes de fonds de commerce*, Thèse, Paris 1941, p. 33 ; WEILL, *Juris. clas. Commercial*, « Fonds de commerce », Fasc. X, n° 277.

(5) Sous réserve d'une volonté contraire exprimée à la convention.

Ainsi, en matière de vente de fonds de commerce, la créance de non concurrence dont est titulaire l'acquéreur du fonds peut être invoquée par ses ayants cause à titre universel. La solution est identique dans le domaine du contrat de travail ; les héritiers et successeurs universels de l'employeur bénéficient de l'obligation de non concurrence souscrite par le salarié au profit de leur auteur.

135. Cependant, si en principe la nature de l'obligation de non concurrence ne s'oppose pas à sa transmission active aux ayants cause à titre universel du créancier de non concurrence, il existe des hypothèses où cette solution paraît condamnée, l'obligation de non concurrence ayant été souscrite en considération de la personne du créancier de non concurrence.

Tel est le cas, croyons-nous, de la créance de non concurrence du « cessionnaire » d'une clientèle médicale. La jurisprudence n'a jamais eu, à notre connaissance, à se prononcer directement sur cette question. Néanmoins, la solution donnée par le Tribunal civil de Foix dans le problème voisin de la transmission de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier du créancier de non concurrence est à notre avis très significative (1). Un médecin avait « cédé » sa clientèle à un confrère et ce dernier étant décédé, les héritiers cédèrent à leur tour la clientèle à un troisième médecin. La question qui était posée au Tribunal était de savoir si ce dernier médecin, le sous-acquéreur, pouvait invoquer l'obligation de non concurrence souscrite par le premier médecin au profit de son propre cessionnaire. Autrement dit le « cédant » originaire était-il tenu de l'obligation de non concurrence au profit du successeur de son successeur ?

Le Tribunal répondit par la négative suivant en cela la décision du Conseil National de l'Ordre des Médecins qui, saisi de cette affaire, avait déclaré que « s'il est d'usage que le médecin cédant ne revienne pas s'installer dans la localité où il exerçait, cette obligation n'existe plus lorsqu'une nouvelle cession est intervenue ». Commentant cette décision, M. Carbonnier exprime, à notre avis, la véritable raison de la non transmission de la créance de non concurrence au sous-acquéreur lorsqu'il écrit que l'obligation de non concurrence constitue dans ce domaine « un lien de droit purement personnel qui a pour support la personnalité des contractants » (2). Conclue *intuitu personae*, en considération de la personne du créancier de non concurrence, l'obligation de non concurrence ne pouvait se transmettre à ses ayants cause à titre particulier.

La solution eût été identique, nous semble-t-il, si la question avait été posée à propos des ayants cause à titre universel. D'ailleurs, en cédant le cabinet médical, les héritiers du premier acquéreur n'auraient-ils pas pu transmettre la créance de non concurrence au sous-acquéreur ? Assurément cela aurait été possible si cette créance nonde

(1) Trib. Civ. Foix, 31 mars 1948, *J.C.P.* 1948-II, 4419, Note CARBONNIER.

(2) Note sous Trib. Civ. Foix, 31 mars 1948, précitée.

concurrence leur avait été transmise en même temps que le patrimoine de leur auteur. S'ils n'ont pas procédé à cette cession de créance c'est bien que la créance de non concurrence de leur auteur ne leur avait pas été transmise. Le caractère personnel de l'obligation interdisait sa transmission tant aux ayants cause à titre particulier qu'aux ayants cause à titre universel du créancier de non concurrence.

Section II. — La transmission passive de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel.

136. Au décès du débiteur de non concurrence et en l'absence d'une volonté contraire exprimée par les parties, l'obligation de non concurrence sera-t-elle transmise à ses ayants cause à titre universel ; seront-ils tenus de la dette de non concurrence qui pesait sur leur auteur ?

Jurisprudence et doctrine s'accordent pour refuser la transmission de la dette de non concurrence aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence dans le contrat de travail et dans les cessions de clientèle civile (§ 1). Par contre, la jurisprudence est incertaine et la doctrine divisée quant à la solution à apporter à ce même problème en matière de transfert de fonds de commerce (§ 2).

§ 1. — L'INTRANSMISSIBILITÉ DE LA DETTE DE NON CONCURRENCE AUX AYANTS CAUSE A TITRE UNIVERSEL EN MATIÈRE DE CONTRAT DE TRAVAIL ET DE CESSIION DE CLIENTÈLE CIVILE

137. L'obligation de non concurrence souscrite par un salarié pour le temps qui suivra la rupture du contrat de travail lui est strictement personnelle. La doctrine remarque que l'existence de l'intuitus personae visant la personne du débiteur de non concurrence est évidente⁽¹⁾. Du point de vue passif, l'obligation de non concurrence est donc intransmissible de par sa nature même aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence. C'est ce que décide la jurisprudence en relevant le caractère personnel de la dette de non concurrence (2).

Le même argument conduit les Tribunaux à refuser la transmission aux ayants cause à titre universel de l'obligation de non concurrence souscrite par le cédant d'une clientèle civile au profit du cessionnaire. Là aussi, par sa nature même, l'obligation de non concurrence est réfractaire à toute transmission. C'est une obligation personnelle au débiteur.

(1) Voir F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris 1938, p. 96, n° 40.

(2) Pour une application très nette, voir Trib. Com. de la Seine, 25 juin 1956, G.P. 1957-I, 115, R.T.D. Co. 1957, p. 653, n° 13.

Appliquant ce raisonnement, la Cour de Poitiers (1) a refusé d'admettre la transmission aux héritiers, dont le fils, lui-même vétérinaire, d'une obligation de non concurrence souscrite par un vétérinaire au profit de son successeur. « Attendu, décide la Cour, que de la convention litigieuse, il résulte que d'un commun accord les parties ont entendu éteindre la notoriété que s'était acquise personnellement en tant que médecin vétérinaire Poitier père qui avait longtemps exercé sa profession à Aulnay... Attendu, que ce contrat avait donc été passé en considération de la personne de Poitier père et l'engagement pris par lui de ne pas concurrencer Chabasse s'analysait notamment en une obligation de ne pas faire qu'il était seul à pouvoir s'engager à exécuter. Attendu que cette nature de droit ou cette obligation n'était donc pas transmissible ».

Le caractère personnel de l'obligation de non concurrence envisagée du point de vue passif interdit donc sa transmission aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence dans le contrat de travail et dans les cessions de clientèle civile.

§ II — LES INCERTITUDES JURISPRUDENTIELLES ET DOCTRINALES QUANT A LA TRANSMISSIBILITÉ DE LA DETTE DE NON CONCURRENCE AUX AYANTS CAUSE A TITRE UNIVERSEL EN MATIÈRE DE TRANSFERT DE FONDS DE COMMERCE

138. Unanimes à refuser la transmission de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence dans le contrat de travail ainsi que dans les cessions de clientèle civile, doctrine et jurisprudence se divisent lorsqu'il s'agit de résoudre la même question en matière de transfert de fonds de commerce.

Après avoir exposé les diverses solutions proposées, nous tenterons d'en apprécier la valeur.

I. — EXPOSÉ DU DROIT POSITIF.

139. Plusieurs décisions ont admis la transmission de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence, cédant ou locataire gérant d'un fonds de commerce : obligation ordinaire, l'obligation de non concurrence obéit au principe général de la transmission des droits et obligations de l'auteur à ses ayants cause à titre universel (2).

(1) Poitiers, 8 nov. 1949, *J.C.P.* 1949 - I. 5205, Note *J.C.*

(2) Cass., Req. 6 nov. 1923, *G.P.* 1924-1, 37 ; Paris, 19 mai 1849, *D.P.* 1850-2, 51, *S.* 1849-2, 553 ; Angers, 8 février 1905, *D.* 1907-2, 170 ; Trib. Com. Lille, 20 avril 1928, *S.* 1928-2, 115, Note H.R., *G.P.* 1928-2, 183 ; Trib. Com. St-Nazaire, 8 octobre 1924, *G.P.* 1924-1, 37 ; Trib. Com. Rennes, 14 mars 1913, *G.P.* 1913-1, 497.

Une partie de la doctrine approuve cette jurisprudence (1). Rappelant le principe de la transmissibilité des dettes aux ayants cause à titre universel, M. Lacour écrit « En ce qui concerne les obligations de ne pas faire on n'aperçoit pas de motif de s'écarter du principe du moment que le fait interdit par le contrat est susceptible de porter préjudice au créancier même dans le cas où il émanerait des héritiers du débiteur. Particulièrement, lorsqu'il s'agit d'une clause restrictive de la liberté du commerce insérée dans l'acte de cession d'un établissement commercial ou industriel, toute la difficulté se ramène à savoir si la clause est destinée à garantir l'acheteur de l'établissement contre le danger de voir exploiter une entreprise similaire et concurrente non seulement par son vendeur, mais aussi par les héritiers de celui-ci. Or, en règle générale, la concurrence de ces derniers est susceptible de causer à l'acheteur un dommage particulier parce que le public est porté à les confondre avec leur auteur décédé surtout lorsqu'ils portent le même nom et que cette circonstance leur permet d'attirer plus facilement à leur nouvel établissement la clientèle de celui qui a été cédé » (2). En conclusion de ce raisonnement M. Lacour pose le principe de la transmission de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence.

140. D'autres décisions, au contraire, décident que l'obligation de non concurrence en matière de fonds de commerce n'est pas transmissible aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence. L'obligation de non concurrence, déclare la Cour de Montpellier, est une obligation « essentiellement attachée à la personne du débiteur et non transmissible à ses héritiers » (3). Cette thèse est défendue par M. le Doyen Rousseau (4). Analysant l'obligation de non concurrence qui pèse sur le cédant d'un fonds de commerce, cet auteur remarque, qu'en principe, cette obligation « présente les caractères d'une obligation contractée intuitu personae ». La conséquence de ce caractère, conclut-il, est que l'engagement souscrit par ledit vendeur ne passera pas, en principe tout au moins, à ses héritiers ».

141. Enfin, entre ces deux positions opposées, il existe une jurisprudence et des auteurs pour qui cette question ne peut être tranchée avec certitude. La transmission ou la non transmission de la dette de non concurrence dépend des circonstances de fait, « il s'agit d'une question d'espèces » (5).

(1) LYON-CAEN et RENAULT, 5^e ed., par AMIAUD, III, n° 249 bis ; LACOUR, Note D. 1907-2, 209 ; CHARASSIN, *De l'interdiction de se rétablir dans les ventes de fonds de commerce*, Thèse, Lyon 1929, p. 65.

(2) LACOUR, Note critique sous Montpellier, 21 juillet 1905, D.P. 1907-2, 209.

(3) Montpellier, 21 juillet 1905, D.P. 1907-2, 209, Note LACOUR. Voir aussi : Cass. Req. 18 nov. 1946, J.C.P. 1947-II, 3854, Note BASTIAN ; Cass. Req. 2 mars 1936, Rev. Soc. 1937-1, 57 ; Poitiers, 25 mai 1936, S. 1936-2, 197, (motifs) ; Lyon, 23 juillet 1896, D.P. 1897-2, 167.

(4) Note critique sous Trib. Com. Lille, 20 avril 1928, précitée.

(5) WEILL, *Juris class. Com.*, « Fonds de Commerce », Fasc. X n° 256.

Soutenant cette thèse, M. Bastian écrit « il est normal de faire peser l'obligation de garantie sur ceux qui ont été en relation étroite avec la vie du commerçant (enfants) de sorte qu'ils ont eu connaissance de ses méthodes commerciales, de ses clients, de ses fournisseurs, si bien que leur concurrence est susceptible — aussi bien que celle de l'auteur — de causer un préjudice à l'acquéreur du fonds. En revanche, il serait abusif de frapper l'héritier lorsque la qualité d'héritier ne procure plus de qualités particulières pour attirer la clientèle » (1). De nombreux auteurs adhèrent à ce point de vue empirique (2).

Cette doctrine s'appuie sur toute une série de décisions jurisprudentielles qui admettent ou refusent la transmission de la dette de non concurrence aux ayants cause à titre universel en considération de circonstances de fait. Ainsi, la transmission de l'obligation de non concurrence est admise, « alors qu'en fait, la concurrence des héritiers surtout lorsqu'ils portent le même nom que le de cujus, lorsqu'ils ont été en relation étroite de vie avec lui comme une épouse et une fille, est susceptible d'entraîner, aussi bien que celle qui serait émanée de ce dernier, un préjudice pour le bénéficiaire de l'engagement » (3).

La Cour de cassation a récemment cautionné cette méthode en décidant que « les juges du fonds qui relèvent que le fils du cédant n'a pas renoncé à la succession de celui-ci peuvent déduire des circonstances de la cause que le fils est tenu des mêmes obligations que son père » (4). D'autres fois, la transmission de la dette de non concurrence est rejetée parce que « la qualité d'héritier ne procure plus de facilités particulières pour attirer la clientèle de l'établissement cédé » (5) ou « à la condition que l'héritier ait pris les précautions nécessaires pour empêcher toute confusion résultant de la similitude de nom » (6).

M. le Doyen Weill résume très bien cette tendance empirique lorsqu'il écrit que la dette de non concurrence ne sera transmise aux ayants cause à titre universel qu'à deux conditions : « Il faut, 1^o que les faits reprochés aux héritiers soient véritablement des actes de concurrence ; 2^o qu'ils tirent de leur qualité d'héritier des avantages particuliers pour concurrencer l'acheteur. Ainsi donc, conclut l'auteur, il y a héritier et héritier » (7).

(1) BASTIAN, Note sous Rég. 18 novembre 1946, précitée.

(2) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*, T. X, n° 395 ; RIPERT et ROBLOT, *Traité de Droit Commercial*, T. I, n° 530 ; COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, T. I, n° 576 ; SCHRAMECK, *op. cit.*, p. 68 ; TOURTONDE, *Du droit à la clientèle dans le fonds de commerce*, Thèse, Toulouse 1937, p. 70 ; DIDIER, Note sous Toulouse, 16 janvier 1966, *J.C.P.* 1966-II, 14830.

(3) Lyon, 9 oct. 1935, *S.* 1936-2, 39. Voir aussi : Paris, 18 nov. 1936, *D.H.* 1937, 58 ; Paris, 21 février 1900, *S.* 1903-2, 210.

(4) Cass. Com., 16 mars 1954, *Bull. Civ.* 1954-III, n° 108, p. 80, *D.* 1954, 474, *R.T.D. Co.* 1954, p. 823, n° 19.

(5) Rennes, 5 mars 1924, *Annales* 1924, 117.

(6) Aix, 16 mars 1914, *Juris. clas. Com.*, « Fonds de Commerce », n° 253.

(7) *Juris Clas. Commercial*, « Fonds de Commerce », Fasc. X, nos 257 et 259.

142. L'exposé du droit positif serait incomplet si on omettait de faire état à cette place d'une situation particulière qui est à rapprocher de celle de la transmission de la dette de non concurrence aux ayants cause à titre universel du vendeur de fonds de commerce et pour qui des solutions identiques ont été proposées.

Il s'agit de savoir si, dans le régime de communauté légale, au cas où le mari vend un fonds de commerce à lui propre, la femme, à la dissolution de la communauté, sera tenue par l'obligation de non concurrence souscrite par son mari (1).

Sous l'empire du régime antérieur à la loi du 13 juillet 1965, doctrine et jurisprudence donnent à cette question les réponses suivantes.

La femme qui renonce à la communauté devient ainsi étrangère au passif commun et ne peut dès lors être tenue par l'obligation de non concurrence souscrite par le mari et qui s'inscrit au passif de la communauté.

Si, au contraire, la femme accepte la communauté, comme pour les héritiers, trois thèses sont soutenues.

La première décide que la femme acceptante est obligée par l'obligation de non concurrence souscrite par le mari. L'acceptation de la communauté impliquant l'acceptation de la charge de la dette de non concurrence qui figure au passif de la communauté (2). Une deuxième opinion refuse la transmission de l'obligation de non concurrence à la femme parce qu'il s'agit d'une obligation dont la nature personnelle interdit toute transmission (3). Enfin, une troisième thèse fait de ce problème une question d'espèce.

La femme n'étant tenue de l'obligation de non concurrence « que si les faits qui lui sont reprochés sont véritablement des actes de concurrence et qu'elle tire de sa qualité de femme des facilités particulières pour concurrencer l'acheteur » (4).

II — CRITIQUE DU DROIT POSITIF ET PROPOSITION D'UNE SOLUTION NOUVELLE.

143. A — Tantôt transmissible, parce qu'analysée comme une obligation ordinaire, tantôt intransmissible, parce que qualifiée d'obligation personnelle, tantôt, enfin, l'une ou l'autre, selon les circonstances de l'espèce, l'obligation de non concurrence divise doctrine et juris-

(1) La même question peut se poser lorsque, gérant libre d'un fonds de commerce, le mari souscrit pendant la communauté une obligation de non concurrence au profit du bailleur.

(2) Voir Nantes, 30 nov. 1907, *D.* 1909, S. 16.

(3) Voir Toulouse, 26 janvier 1966, *D.* 1966, Som. 77, *J.C.P.* 1966-II, 19830, Note DIDIER : « Après la dissolution de la communauté l'engagement pris par le mari lui reste personnel et la circonstance que la femme a accepté la communauté et a reçu la part qui lui revenait dans celle-ci n'a pu davantage mettre à sa charge une obligation personnelle au mari ».

(4) A. WEILL, *Juris. Clas. Com.*, « Fonds de Commerce », Fasc. X, n° 235. Hormis l'impossibilité pour la femme de renoncer désormais à la communauté, la loi du 13 juillet 1965 laisse subsister le problème dans des termes identiques.

prudence lorsqu'il s'agit de savoir si elle doit être transmise aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence.

Remarquons tout de suite que la thèse qui consiste à dire qu'il s'agit « d'une question d'espèces » ne paraît guère satisfaisante pour l'esprit ni pour la sécurité juridique. En effet, en bonne logique, ou bien la dette de non concurrence est une dette ordinaire, donc transmissible aux ayants cause à titre universel, ou bien il s'agit d'une dette personnelle au débiteur et l'on doit la déclarer intransmissible à ses ayants cause à titre universel. En réalité, le problème est plus délicat qu'il ne paraît.

Chronologiquement, ce sont d'abord ces deux thèses — obligation ordinaire, obligation personnelle — qui ont été soutenues par la doctrine et par les Trinunaux (1), Mais, tant l'une que l'autre, se révélèrent inapplicables par les conséquences extrêmes qu'elles entraînaient.

En déclarant que l'obligation de non concurrence, obligation ordinaire, est transmise aux héritiers et successeurs universels d'une manière générale, on porte une atteinte grave et le plus souvent injustifiée à la liberté du commerce et du travail des ayants cause du défunt. « Si le futur héritier du souscripteur de la promesse, écrit M. le Doyen Weill, établit ou acquiert un fonds de commerce dans les conditions prescrites par ladite promesse du vivant du souscripteur, cet établissement doit en principe être considéré comme licite puisque, du vivant de l'obligé, ses éventuels héritiers ne sauraient être tenus des obligations par lui souscrites. Deviendra-t-il illicite lorsque peut-être après de nombreuses années l'obligé mort, l'héritier aura accepté la succession? Et même si l'héritier exerçait dès avant la vente du fonds un commerce similaire dans la localité prescrite, devra-t-il abandonner son commerce s'il accepte la succession du vendeur du fonds qui s'est interdit le droit de se rétablir? Qui pourrait le soutenir? » (2).

A l'inverse, en soutenant que le caractère personnel de l'obligation de non concurrence en interdit la transmission passive aux ayants cause à titre universel, on risque de causer un préjudice certain à l'acquéreur du fonds de commerce (3).

Aussi, les partisans de ces solutions entières reconnaissent-ils eux-mêmes qu'elles ne peuvent s'appliquer dans toute leur rigueur logique.

C'est ainsi qu'après avoir soutenu le principe de la non transmission de l'obligation de non concurrence M. le Doyen Rousseau conclut : « Il reste que dans chaque hypothèse il appartiendra aux Tribunaux, par interprétation de la volonté des parties et par une appréciation souveraine des circonstances de la cause, de déterminer la portée des engagements soucrits par le vendeur du fonds et de prendre les mesures

(1) Voir Note LACOUR et Note ROUSSEAU précitées et la jurisprudence précitée, *supra*, p. 128.

(2) WEILL, *op. cit.*, n° 264. Dans le même sens, voir ROUSSEAU, Note sous Trib. Civ. Lille, 20 avril 1928, précitée.

(3) Voir LACOUR, Note sous Montpellier, 21 juillet 1905, précitée.

nécessaires pour réprimer les actes qui pourraient constituer une violation directe ou déguisée de ces engagements » (1).

Quant à M. Lacour, partisan de la transmission de l'obligation de non concurrence, il ajoute « On admet généralement par voie d'interprétation du contrat que les héritiers du vendeur, exceptionnellement, sont dispensés d'observer l'interdiction lorsque ce sont des parents éloignés portant un autre nom que celui de leur auteur » (2). La logique et la sécurité juridique ne trouvent pas leur compte dans ces réserves.

Dès lors, on comprend le succès que la tendance empirique rencontre aujourd'hui, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Abandonnant toute prétention théorique quant à la nature de l'obligation de non concurrence cette thèse a le seul souci de trouver un point d'équilibre entre la nécessité de protéger le créancier de non concurrence et celle de respecter la liberté du commerce et du travail dans la personne des ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence (3).

144. B — Est-ce à dire que l'on soit réduit à reconnaître qu'il s'agit effectivement d'une question d'espèces? Nous ne le pensons pas. En effet, il nous semble possible de soutenir une thèse qui satisfasse à la fois la logique juridique et les nécessités pratiques. Pour cela, il faut tout d'abord s'évader du cercle vicieux qui consiste à être persuadé que le fait de qualifier l'obligation de non concurrence d'obligation ordinaire transmissible ou d'obligation personnelle intransmissible est à lui seul fatal parce qu'entraînant des conséquences pratiques inacceptables dans les deux cas.

Nous croyons que pour y parvenir il faut décomposer le problème de la manière suivante :

— Une chose est de savoir si, par sa nature, la dette de non concurrence est ou non transmissible aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence.

— Une autre chose est de disposer d'un procédé technique adapté au but recherché qui est, rappelons-le, de trouver un point d'équilibre entre la protection de l'acquéreur du fonds, créancier de non concurrence et la protection de la liberté des ayants cause du vendeur.

Il s'agit de deux problèmes distincts. Ainsi, voudrions-nous démontrer :

- a) que la dette de non concurrence est personnelle au débiteur, donc intransmissible à ses ayants cause à titre universel.

(1) ROUSSEAU, Note précitée sous Trib. Civ. Lille, 20 avril 1928.

(2) LACOUR, Note précitée sous Montpellier, 21 juillet 1905.

(3) Nous devons remarquer qu'il se révèle impossible d'appliquer à l'obligation de non concurrence le principe qui régit la transmission de l'obligation de garantie dans la vente aux ayants cause à titre universel. En effet, l'obligation de garantie, écrit M. Gross (Thèse précitée, n° 195) est une obligation comme une autre, aussi les ayants cause universels ou à titre universel en retrouvent-ils la charge dans leur patrimoine ». Rappelons cependant que la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à analyser l'obligation de non concurrence dans la vente de fonds de commerce comme l'expression de l'obligation de garantie. Voir *supra*, p. 39, et la critique p. 111 et s. »

- b) que le créancier de non concurrence peut être protégé par l'application des règles de la responsabilité délictuelle.

145. a) Tant par son rôle que par sa nature l'obligation de non concurrence nous paraît devoir être qualifiée d'obligation personnelle au débiteur, donc intransmissible.

Nous avons précédemment démontré quel était le véritable rôle de l'obligation de non concurrence dans la cession de fonds de commerce et plus généralement dans toute cession de clientèle (1). Étrangère à l'obligation de garantie dans la vente, l'obligation de non concurrence est une obligation originale qui tend, autant que cela se peut, à assurer la transmission d'une clientèle. Et, comme la clientèle est pour partie attachée à la personne du titulaire du fonds, la réussite de l'opération suppose que ce dernier s'engage à ne pas concurrencer son successeur.

Par là, ce que désire l'acquéreur, c'est la neutralisation de la concurrence du vendeur, c'est-à-dire de l'activité personnelle de ce dernier vis-à-vis de la clientèle cédée. En ce sens, il est indiscutable que la dette de non concurrence est marquée d'intuitus personae. L'abstention imposée au cédant est une obligation de ne pas faire non fongible parce qu'en règle générale, lui seul, par ses relations antérieures avec la clientèle du fonds, se trouve dans des conditions particulières qui rendraient sa concurrence redoutable.

Cependant, il ne serait pas totalement exact d'affirmer que la dette de non concurrence ne peut toujours être exécutée que par le cédant. Particulièrement, ses héritiers, dans la mesure où ils avaient des relations avec la clientèle cédée, pourraient exécuter utilement l'obligation de non concurrence de leur auteur. Aussi devons-nous reconnaître que, sur le plan de la finalité de l'obligation de non concurrence, la démonstration du caractère personnel de celle-ci n'est pas entièrement probante. Elle l'est, en revanche, lorsqu'on envisage la nature de l'obligation de non concurrence.

En effet, s'il est certain que toute obligation a pour conséquence de restreindre la liberté du débiteur, la gravité de cette restriction est ici particulièrement importante. L'obligation de non concurrence constitue une atteinte au principe de la liberté du travail et au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, principes fondamentaux qui sont assurément des droits de la personnalité. Engageant plus la personne que le patrimoine, l'obligation de non concurrence détermine « une atteinte irréparable à la liberté humaine » (2). Comment alors

(1) Voir *supra*, p. 11 et 3 s.

(2) A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Thèse, Paris 1957, n° 125.

ne pas reconnaître qu'une telle obligation a nécessairement le caractère d'une obligation personnelle au débiteur (1)?

146. Pourtant, nous savons qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence refuse cette qualification à l'obligation de non concurrence. Celle-ci serait une obligation ordinaire. Quels sont les arguments avancés à l'appui de cette thèse?

Force nous est de constater qu'ils se résument en une simple affirmation. En effet, cette doctrine ne procède pas à une analyse de la nature de l'obligation de non concurrence, elle désire simplement par là découvrir un moyen technique qui puisse obliger les ayants cause du débiteur de non concurrence quand cela est nécessaire pour la protection de l'acquéreur du fonds de commerce (2). La qualification de l'obligation de non concurrence est ainsi réalisée, non à partir de sa nature, mais en fonction du but recherché : transmettre l'obligation de non concurrence ayants cause à titre universel du cédant. Cela est peu rationnel.

La jurisprudence, quant à elle, suit dans ce domaine une voie qui n'est pas sans détours et, en dernière analyse, illogique. Désirant transmettre l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence, les Tribunaux déclarent — parce que cela est nécessaire au but poursuivi — que l'obligation de non concurrence est une obligation ordinaire (3). Mais les mêmes Tribunaux, dans le domaine voisin de la transmission passive de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier, — et parce qu'ici la transmission n'est pas souhaitable — soutiennent avec force que l'obligation de non concurrence est « en principe conclue intuitu personae » et qu'elle « doit être considérée comme essentiellement attachée à la personne qui l'a assumée » (4).

Curieuse obligation qui changerait de nature selon qu'on envisage sa transmission aux ayants cause à titre universel ou au contraire aux ayants cause à titre particulier! L'explication est simple. Comme la

(1) En commentant un arrêt de la Cour de Poitiers (8 nov. 1949, *J.C.P.* 1949, n° 5105) M. CARBONNIER approuve la Cour qui a refusé la transmission de l'obligation de non concurrence aux héritiers du débiteur de non concurrence. L'éminent auteur, après avoir rappelé qu'une certaine jurisprudence admet la transmission de la dette de non concurrence, écrit notamment : « La Cour de Poitiers a été sage de ne pas entrer dans cette voie où, pour essayer de prêter consistance à quelque chose qui n'en a pas, fonds de commerce, clientèle, on est amené à violenter des libertés humaines élémentaires ».

(2) M. VALLEUR (*op. cit.*, p. 156 et s.) a tenté d'analyser l'obligation de non concurrence. Mais son analyse est contestable notamment lorsque l'auteur écrit « Ce que veut avant tout l'acquéreur et ce que lui promet le vendeur, c'est que la clientèle du fonds demeurera ». Nous ne le croyons pas. Le vendeur ne s'engage pas à garantir la clientèle, il garantit simplement son absence d'entreprise sur la clientèle. Cela seul est en son pouvoir. La meilleure preuve en est que si au lendemain de la cession la clientèle disparaît pour une raison étrangère au cédant, l'acquéreur ne disposera d'aucune action contre ce dernier.

(3) Voir *supra*, p. 128.

(4) Poitiers, 25 mai 1936, *S.*, 1936 - 2, 97, Note H.R. Voir dans le même sens Paris, 11 janvier 1937, *Rev. Fonds de Com.* 1937, 294.

doctrine, la jurisprudence qualifie l'obligation de non concurrence non d'après sa nature mais selon les nécessités pratiques de chaque espèce. Ainsi, on ne se demande pas qu'elle est la nature de l'obligation de non concurrence, puis une fois celle-ci déterminée si l'obligation de non concurrence, est transmissible ou non. Au contraire et fort peu logiquement, si la transmission se révèle nécessaire on qualifie l'obligation de non concurrence d'obligation ordinaire, alors que si la transmission n'est pas souhaitable, l'obligation de non concurrence sera qualifiée d'obligation personnelle au débiteur. Cette manière de procéder est certainement très critiquable.

En définitive, nous ne trouvons ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, d'arguments décisifs qui viendraient ruiner notre thèse selon laquelle par sa nature l'obligation de non concurrence doit être considérée comme une obligation personnelle au débiteur. Il nous semble donc possible de conclure en affirmant que par sa nature l'obligation de non concurrence est personnelle au débiteur et ne peut donc, au décès de celui-ci, être transmise à ses ayants cause à titre universel.

147. b) On ne peut nier cependant la nécessité de protéger dans certaines circonstances l'acquéreur du fonds contre la concurrence des ayants cause à titre universel du vendeur notamment lorsque ceux-ci ont participé à l'exploitation du fonds cédé par leur auteur. Par quel procédé de technique juridique peut-on parvenir à ce résultat? L'étude du droit positif nous a permis de constater que les Tribunaux faisaient appel à la technique de la transmission successorale ; continuateurs de la personne du défunt, les ayants cause à titre universel lui succèdent dans le rapport obligatoire. Mais, outre le fait que par sa nature l'obligation de non concurrence est rebelle à cette transmission parce que personnelle au débiteur de non concurrence, nous voudrions démontrer que sur le pur plan de la technique juridique ce procédé est inadapté au but recherché (1°). Nous tenterons ensuite de découvrir le procédé technique qu'il serait souhaitable d'utiliser (2°).

148. 1° En dehors de toute objection tenant à la nature de la dette de non concurrence, le recours à la technique de la transmission successorale est inadapté au but recherché. L'étude de la jurisprudence est à ce propos très significative. La logique voudrait que la dette de non concurrence transmise par le jeu des règles successorales oblige les ayants cause à titre universel dans les mêmes conditions qu'elle obligeait le défunt. Si, par exemple, ce dernier s'était engagé à ne pas se rétablir pendant dix ans dans un rayon géographique déterminé, les ayants cause ayant accepté la succession devraient logiquement être tenus dans les mêmes termes que leur auteur. Et s'ils exerçaient le commerce interdit dans les lieux et le temps prohibés ils devraient être condamnés pour violation de l'obligation de non concurrence sans que le créancier ait à prouver autre chose que sa créance. Ce ne serait là que l'application du droit commun de la transmission des dettes

aux ayants cause à titre universel et du droit commun de la responsabilité contractuelle.

Or, une étude attentive de la jurisprudence révèle que les Tribunaux ignorent dans notre domaine ces règles du droit commun. Notamment, plusieurs décisions ont exigé que le créancier de non concurrence rapporte la preuve d'un préjudice particulier résultant de la concurrence des ayants cause à titre universel pour que l'obligation de non concurrence de leur auteur puisse leur être opposée (1). Ainsi, la Cour de Lyon, a jugé qu'aucune action ne peut être intentée contre les ayants cause à titre universel pour violation de l'engagement de leur auteur si cette action n'est pas fondée sur un dommage subi et prouvé par le créancier de non concurrence (2). L'art. 1147 du Code civil ne gagne rien dans ce raisonnement! On peut même se demander si dans l'esprit des juges l'obligation de l'ayant cause est la même que celle de son auteur.

En effet, pour le vendeur du fonds le simple fait de se rétablir dans les conditions prohibées constitue une violation de son obligation dont l'acquéreur est fondé à se plaindre. Toute concurrence lui est interdite. Au contraire les ayants cause à titre universel du vendeur ne seront tenus de l'obligation de non concurrence de leur auteur que si l'acheteur prouve qu'il subit un préjudice particulier en règle générale une éviction de clientèle. Certes il apparaît clairement que la jurisprudence recherche par là un point d'équilibre entre la protection du créancier de non concurrence et le respect de la liberté des ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence. Mais n'est-ce pas en même temps le signe que la technique de la transmission successorale est ici fort peu aisée à manier? Aussi, tant sur le plan de la nature de l'obligation de non concurrence que sur celui de la pure technique (3), le recours à la transmission de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence nous paraît condamnable.

149. 2° N'existe-t-il pas pour autant d'autres techniques susceptibles de protéger l'acquéreur du fonds contre les dangers de la concurrence des ayants cause du vendeur?

Sur le plan contractuel, seule la volonté de l'ayant cause peut créer à sa charge une dette de non concurrence, obligation distincte par hypothèse de celle de son auteur.

Il est certain, tout d'abord, que lors de la vente du fonds les successeurs du vendeur peuvent s'engager personnellement dans l'acte à ne pas concurrencer l'acquéreur.

D'autre part, on peut imaginer de faire naître une obligation de non concurrence sur la tête des héritiers du vendeur par la technique de la promesse de porte-fort. Un commerçant en vendant son fonds pourrait

(1) Lyon 9 octobre 1935, S. 1936-2, 39, Paris, 18 nov. 1936, D.H. 1937, 58.

(2) Lyon, 9 octobre 1935, précité.

(3) Que décider au cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire?

promettre que son fils s'engagera envers l'acquéreur à ne pas se rétablir pendant un certain temps et en un certain lieu. Le fils ne peut être obligé de ratifier cet engagement. Mais, si à la mort de son père il accepte la succession, il sera, par là même, contraint de ratifier et donc tenu d'une obligation de non concurrence envers l'acquéreur. En effet, doctrine et jurisprudence sont unanimes pour dire que si le porte-fort vient à mourir et si le tiers est appelé à sa succession celui-ci se trouve alors contraint de ratifier. « L'obligation personnelle du porte-fort écrit M. Flour s'étant ainsi transmise à son héritier, celui-ci se trouve contraint de ratifier. Tenu en tant qu'ayant cause à titre universel de rapporter sa propre ratification il ne peut pas à titre personnel refuser de le faire » (1).

On peut cependant se demander si la nature particulière de l'obligation de non concurrence n'inciterait pas la jurisprudence à repousser cette solution comme trop attentatoire à la liberté de l'héritier.

150 Quoi qu'il en soit, nous ne pensons pas que ce soit sur le terrain contractuel qu'il faille se placer pour trouver une solution satisfaisante. En revanche, l'application des règles de la responsabilité civile apparaît comme le meilleur moyen d'atteindre le but recherché, c'est-à-dire, protéger l'acquéreur du fonds tout en ne portant pas une atteinte injuste à la liberté des ayants cause du vendeur.

Il n'y a aucune contradiction entre le fait qu'il s'agisse d'un ayant cause à titre universel du débiteur de non concurrence et le recours à une technique extracontractuelle car « dans la mesure où les droits et obligations ne leur sont pas transmis l'ayant cause universel rentre dans la catégorie des tiers » (2).

Or, nous croyons avoir démontré que par sa nature la dette de non concurrence n'est pas transmissible aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence. D'ailleurs, les décisions rendues par certains tribunaux qui exigent la preuve d'un préjudice subi par l'acquéreur pour restreindre la liberté de l'ayant cause ne sont-elles pas directement inspirées par le droit de la responsabilité délictuelle ?

Plus précisément, l'activité de l'ayant cause doit être restreinte lorsqu'elle aboutit dans l'esprit du public à une confusion avec l'établissement ayant appartenu au défunt. N'est-ce pas alors une hypothèse de concurrence déloyale ?

L'activité par laquelle l'ayant cause tenterait de détourner la clientèle cédée par son auteur est assurément fautive si elle a pour source une confusion résultant de l'identité de nom ou les connaissances acquises par l'ayant cause lorsqu'il participait à l'exploitation du fonds cédé par son auteur.

Nous sommes bien, ici, dans le cadre de la concurrence déloyale, non dans le domaine de la concurrence anticontractuelle. L'acquéreur

(1) FLOUR, « Cours de Droit Civil », 1960-1961, *Les Cours de Droit*, p. 577.

(2) A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit civil français*, Thèse, Strasbourg 1938, p. 109.

dispose contre l'ayant cause à titre universel d'une action en responsabilité qui est parfaitement adaptée au but recherché. En effet, d'une part, elle protège l'acquéreur du fonds contre la seule concurrence qu'il ait vraiment à redouter, c'est-à-dire celle qui puiserait ses sources dans la situation privilégiée de l'ayant cause du fait de sa connaissance de l'exploitation de son auteur. D'autre part, cette action sauvegarde la liberté des ayants cause en ce sens que leur activité ne pourra être restreinte s'ils n'ont, pour reprendre la clientèle cédée, d'autres moyens que ceux dont dispose n'importe quel autre concurrent (1).

Cette solution aboutit ainsi au point d'équilibre recherché entre la nécessité de protéger l'acquéreur du fonds contre la concurrence des ayants cause du cédant et la non moins grande nécessité de ne pas porter une atteinte immodérée à la liberté du commerce et à la liberté du travail de ces derniers.

En outre, elle est en parfaite harmonie avec le principe selon lequel la nature de la dette de non concurrence interdit sa transmission aux ayants cause à titre universel du débiteur de non concurrence.

(1) *Mutatis mutandis*, cette solution est applicable dans le cadre du régime de communauté légale lorsque la question se pose de savoir si à la dissolution de la communauté la femme doit être tenue de l'obligation de non concurrence souscrite par le mari et incluse dans le passif commun.

CHAPITRE II

LA TRANSMISSION DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE AUX AYANTS CAUSE A TITRE PARTICULIER DES PARTIES

151. Par opposition à l'ayant cause à titre universel qui recueille la totalité ou une fraction arithmétique des biens de son auteur, « l'ayant cause à titre particulier est celui qui a acquis au contraire de son auteur un ou plusieurs droits déterminés » (1).

A cette distinction fondamentale s'attache une conséquence non moins importante. Alors que le principe est que l'ayant cause à titre universel succède aux droits et obligations de son auteur, le principe inverse régit d'une manière générale l'ayant cause à titre particulier : celui-ci est un tiers par rapport aux contrats de son auteur (2). Cependant, une fois le principe posé, les difficultés surgissent quant à son application, particulièrement lorsqu'on doit se prononcer sur l'effet, à l'égard des ayants cause à titre particulier, des contrats conclus par leur auteur relativement au bien transmis (3).

Ainsi, dans notre matière, la question se pose de savoir si par exemple, la créance de non concurrence de l'acquéreur d'un fonds de commerce peut être invoquée, en cas de revente, par le sous-acquéreur du fonds.

(1) CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Fasc. 1, p. 80.

(2) Voir MARTY et RAYNAUD, *Droit Civil*, T. II, p. 214 et s.

(3) Il est généralement admis que les contrats constitutifs de droit réel se transmettent activement et passivement aux acquéreurs successifs du bien auquel se rapporte ce droit, ou plus précisément que ce droit réel est opposable à l'ayant cause à titre particulier en ce sens qu'il pourra l'invoquer ou devra le subir.

En ce qui concerne les contrats générateurs de droits personnels la question est controversée et on a pu écrire « que ce problème est un des plus obscurs de notre droit ». Sur le plan législatif il n'existe que quelques textes particuliers : art. 1743 *Code Civil* relatif à la transmission du bail ; art. 23, L. I, *Code du Travail* relatif à la transmission du contrat de travail ; art. 19 de la loi du 13 juillet 1930 relatif à la transmission du contrat d'assurances. En dehors de ces hypothèses l'incertitude est grande.

Inversement, la dette de non concurrence du vendeur oblige-t-elle ses ayants cause à titre particulier (1)? Autrement dit, les ayants cause à titre particulier du créancier ou du débiteur de non concurrence deviennent-ils créanciers ou débiteurs à la place de leur auteur?

— SECTION I — *Transmission active de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier du créancier de non concurrence.*

— SECTION II — *Transmission passive de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier du débiteur de non concurrence.*

Section I. — La transmission active de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier du créancier de non concurrence.

152. La question de la transmission active de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier ne soulève pas de difficultés lorsqu'une manifestation de volonté émanant des parties a prévu la transmission de la créance de non concurrence à l'ayant cause à titre particulier. Par exemple, l'acquéreur d'un fonds de commerce peut imposer au vendeur qui souscrit une clause de non concurrence, d'indiquer que cette clause bénéficiera aux sous-acquéreurs successifs du fonds. L'ayant cause à titre particulier de l'acquéreur acceptant cette stipulation pour autrui deviendra ainsi créancier de non concurrence comme l'était son auteur.

Inversement, la transmission est écartée si les sujets originaires de l'obligation de non concurrence en ont décidé ainsi par une manifestation de volonté.

Mais que décider en l'absence de toute manifestation de volonté?

Depuis plus d'un siècle une jurisprudence constante décide qu'en principe la créance de non concurrence se transmet de plein droit aux titulaires successifs d'un poste professionnel. Nous examinerons ces décisions dans un paragraphe premier.

Cependant, si ce principe de transmission n'est pas contesté, son fondement juridique reste discuté. L'étude des diverses thèses proposées fera l'objet d'un paragraphe second.

§ I. — ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE

153. Une jurisprudence constante admet que la créance de non concurrence née lors des opérations de transfert de fonds de commerce ou à l'occasion du contrat de travail se transmet de plein droit aux

(1) La même question se pose lorsqu'on envisage l'obligation de non concurrence dans les cessions de clientèle civile ainsi que l'obligation de non concurrence souscrite par un salarié pour le temps qui suivra son contrat de travail.

titulaires successifs du fonds de commerce, du cabinet civil ou de l'entreprise (A). En revanche, cette solution est rejetée dans le cadre particulier des cessions de clientèles médicales (B).

154. A — Les décisions qui ont admis que la créance de non concurrence de l'acquéreur primitif d'un fonds de commerce contre son vendeur était transmise, même en l'absence de stipulation au sous-acquéreur du fonds, sont nombreuses (1).

Les Tribunaux adoptent une position identique lorsqu'il s'agit d'une obligation de non-concurrence souscrite par un salarié au profit de son employeur et invoquée par l'ayant cause de ce dernier (2).

La nature de l'obligation de non concurrence envisagée du côté actif ne s'oppose pas à une telle transmission. En ce sens, les tribunaux ont justement relevé qu'à l'opposé d'une obligation conclue intuitu personae, l'obligation de non concurrence est contractée au bénéfice du poste professionnel, fonds de commerce, cabinet civil et non en considération de la personne du créancier, c'est-à-dire du titulaire de ce poste professionnel. « L'obligation contractée par le vendeur primitif du fonds, remarque la Cour d'Angers, ne peut être considérée comme l'ayant été au profit exclusif de l'acquéreur avec lequel il a traité, mais qu'elle se rattache par sa nature et son objet à l'établissement commercial lui-même » (3). La Cour de Paris exprime la même pensée lorsque, admettant la transmission active d'une obligation de non concurrence souscrite par un salarié au profit du précédent titulaire d'un poste professionnel — un cabinet de géomètre — et invoquée par le successeur, elle déclare : « En s'engageant ainsi sans limite de

(1) Voir Cass. Com., 30 mai 1962, *Bull. Civ.* III, n° 290, Cass. Com., 30 nov. 1948, *Bull. Civ.* III, n° 267-268 ; Req. 29 juillet 1908, *D.P.* 1909, 1, 281, Req. 18 mai 1868, *D.* 1869-1, 366 ; Lyon, 12 janvier 1953, *JCP* 1953, IV, 158 ; Rouen, 15 nov. 1938, *G.P.* 1939-1, 326, *S.* 1939-2, 151, *D. H.* 1939, 141 ; Angers, 9 juillet 1935, *D.H.* 1935, 513 ; Nancy, 14 nov. 1905, *S.* 1906-2, 166 ; Paris, 21 février 1900, *D.P.* 1900-2, 476 ; Lyon, 6 avril 1892, *D.* 1892-2, 62 ; Trib. Com. St-Étienne, 12 juin 1947, *G.P.* 1947-2, 106 ; Trib. Com. Montereau, 2 janvier 1900, *D.P.* 1900-2, 476.

(2) Voir Req. 5 juillet 1865, *D.P.* 1865-1, 425 ; Cass. Soc., 9 avril 1962, *D.* 1962, Som. 100, Paris, 9 oct. 1964, *G.P.* 1964-2, 344 ; Nancy, 14 octobre 1905, *D.P.* 1907-2, 321, Paris, 3 juin 1856, *Annales* 1856, 61.

(3) Angers, 9 juillet 1935, *D.H.* 1935-513. Dans le même sens, voir Rouen, 15 nov. 1938, *G.P.* 1939-1, 326 : « L'obligation de ne pas se rétablir prise par le vendeur du fonds de commerce vis-à-vis de son acheteur constitue pour celui-ci un droit dont la valeur est liée à la possession du fonds qui par suite s'incorpore à ce fonds et se transmet avec lui ».

Lyon, 12 janvier 1953, *J.C.P.* 1953-IV, 158 : la créance de non concurrence souscrite au profit de la société qui exploitait le fonds de commerce « est censée l'avoir été au bénéfice des acquéreurs successifs et crée pratiquement une sorte de droit attachée au dit fonds ».

Req. 18 mai 1868, *D.* 1869-1, 366 : la créance de non concurrence est transmise à l'ayant cause à titre particulier de l'acquéreur primitif « ayant été stipulée non seulement dans l'intérêt personnel de D. aîné (l'auteur) mais aussi dans l'intérêt de son établissement ».

Voir aussi : Paris, 21 fév. 1900, *D.* 1900-2, 476 ; Nancy, 14 nov. 1905, *S.* 1906-2, 166.

temps l'intéressé s'est obligé par là même à s'abstenir de concurrencer non seulement le titulaire à cette date du cabinet, mais tout géomètre qui pourrait ensuite en prendre par contrat l'exploitation » (1).

155. Activement, l'obligation de non concurrence apparaît comme l'anthithèse d'une obligation conclue en considération de la personne du créancier, *intuitu personae*. Au contraire, l'engagement du débiteur de non concurrence est souscrit en considération du poste professionnel, fonds de commerce ou cabinet civil, c'est-à-dire *intuitu rei*. Il est alors naturel que la créance de non concurrence suive le poste professionnel lors de son transfert.

Cette solution est en outre commandée par la logique (2). Qu'advient-il, en effet, si la transmission de la créance de non concurrence était refusée?

La créancier de non concurrence serait titulaire d'une créance qui ne lui serait d'aucune utilité et dont on ne voit pas comment il pourrait exiger l'exécution. L'acheteur d'un fonds de commerce qui par la suite le revend n'a plus aucun intérêt à demeurer créancier de non concurrence du vendeur primitif. Cette créance est par contre d'une grande utilité pour le sous-acquéreur du fonds.

Du côté du débiteur, la non transmission de la créance de non concurrence à l'ayant cause à titre particulier du créancier équivaldrait à une extinction de sa dette. Pourquoi le faire échapper ainsi à son obligation? Dans une vente de fonds de commerce, pourquoi le vendeur originaire serait-il libéré de sa dette de non concurrence à la seule raison que l'acquéreur du fonds l'a revendu? Ce serait assurément un avantage injustifié.

Enfin, la transmission de l'obligation de non concurrence n'aggrave en rien l'obligation du débiteur de non concurrence. Il reste débiteur dans les termes de son engagement (3).

La transmission de la créance de non concurrence est donc souhaitable parce que, d'une part, elle ne présente plus d'intérêt pour l'auteur mais sera d'une utilité majeure pour l'ayant cause à titre particulier et parce que, d'autre part, la non transmission procurerait un avantage non justifié pour le débiteur de non concurrence.

156. B — Admise en principe, la transmission de la créance de non concurrence aux ayants cause à titre particulier est cependant rejetée dans le domaine particulier des cessions de clientèles médicales.

Le 31 mars 1948, le Tribunal Civil de Foix a décidé, à propos d'une cession de cabinet médical, que le successeur du premier successeur

(1) Paris, 9 octobre 1964, G.P.-2, 344.

(2) Cela est si vrai qu'il n'est pas un ouvrage de droit traitant de l'effet des contrats à l'égard des ayants cause à titre particulier qui ne prenne pour exemple la créance de non concurrence pour montrer la nécessité de la transmission dans cette hypothèse.

(3) Ces arguments ont été développés par M. DESPAX : *L'entreprise et le droit*, Thèse, Toulouse 1956, n° 53 et suivants.

ne pouvait invoquer la créance de non concurrence de son auteur contre le cédant primitif (1). L'obligation de non concurrence du médecin cédant prend fin si le cessionnaire cède à son tour le cabinet médical. Certes, les juges ont été influencés par la décision, dans cette même affaire, du Conseil National de l'ordre des médecins qui a déclaré : « S'il est d'usage que le médecin cédant ne revienne pas s'installer dans la localité qu'il exerçait, cette obligation n'existe plus lorsqu'une nouvelle cession est intervenue » (2). Mais sur le strict plan juridique deux arguments ont été avancés par M. Carbonnier pour justifier la décision du Tribunal : « La promesse de non concurrence ne s'incorpore pas à un bien, elle constitue un bien de droit purement personnel » d'une part, et d'autre part, « cette créance n'est pas cessible parce qu'elle est conclue intuitu personae » (3).

Le premier argument repose sur l'idée souvent formulée à propos de la transmission de la créance de non concurrence en même temps que le fonds de commerce et qui veut que la créance se trouve incorporée dans un bien, dont elle serait l'accessoire. Le refus de notre droit de considérer le cabinet médical et le cabinet civil en général comme un bien au même titre que le fonds de commerce semble ruiner ce raisonnement, la promesse de non concurrence ne pouvant ici s'incorporer à un bien.

Pourtant, cet argument ne nous paraît pas décisif, la jurisprudence ayant en d'autres occasions admis qu'une créance de non concurrence pouvait suivre un cabinet civil lors de son transfert (4).

En revanche, le second argument selon lequel cette créance n'est pas cessible, parce qu'elle est conclue intuitu personae, semble irréfutable. En ce sens, M. le Doyen Carbonnier remarque « qu'un médecin ne peut prétendre recommander d'avance à la confiance de sa clientèle — (et donc s'engager à ne pas le concurrencer) — un inconnu qu'il plaira à son cessionnaire de se choisir à son tour pour successeur » et que « le médecin qui cède sa clientèle n'abandonne ses malades qu'en considération des qualités du successeur qu'il a pu lui-même choisir ; si celui-ci décide ensuite de se substituer un tiers, la personnalité de ce tiers peut être telle que le cédant estime de son devoir de reprendre la clientèle » (5). L'argument est décisif : conclue en considération de

(1) Trib. Civ. Foix, 31 mars 1948, *J.C.P.* 1948 - II, 4419, Note CARBONNIER.

(2) « Attendu, déclare le jugement, qu'à ce point de vue le Tribunal ne peut que s'en rapporter à la déclaration du Conseil National de l'ordre des médecins... qu'en présence de cette déclaration émanant de la plus haute juridiction professionnelle en la matière, il n'est pas possible au Tribunal d'étendre à la profession médicale l'application de la jurisprudence selon laquelle l'engagement de ne point exercer telle activité commerciale souscrit au profit d'un commerçant est considérée par interprétation de la volonté présumée des parties contractantes comme contracté non seulement à l'égard du stipulant lui-même, mais encore de ceux auxquels ce dernier transmettra par quelque mode que ce fut son fonds de commerce ».

(3) Note sous Trib. Civ. Foix, 31 mars 1948, précitée.

(4) Voir Paris, 9 octo. 1954, précitée : s'agissant d'un cabinet de géomètre, l'engagement pris par un salarié de ne pas concurrencer son ancien patron est transmis aux titulaires successifs du cabinet.

(5) Note sous Trib. Civ. Foix, 31 mars 1948, précitée.

la personne du créancier, la créance de non concurrence ne peut se transmettre aux ayants cause à titre particulier de celui-ci.

Au terme de l'examen de la jurisprudence on peut constater, hormis l'hypothèse de cession de cabinet médical, que le principe de la transmission active de plein droit de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier du créancier de non concurrence est admis par une jurisprudence importante et constante. Cette solution est en harmonie avec la nature de la créance de non concurrence ; en outre elle seule est logique. Cependant, il est difficile, sur le plan des principes, de découvrir un fondement juridique satisfaisant à cette transmission.

§ II. — FONDEMENT JURIDIQUE DE LA TRANSMISSION ACTIVE DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE AUX AYANTS CAUSE A TITRE PARTICULIER

157. Admettre la transmission de plein droit de la créance de non concurrence c'est reconnaître qu'un contrat — celui passé entre l'auteur et le débiteur de non concurrence — a pour effet de profiter à un tiers, c'est-à-dire de rendre l'ayant cause à titre particulier créancier par un contrat auquel il n'a été ni tiers, ni représenté (1).

Cette solution heurte de front le principe posé par l'art. 1165 du Code civil et selon lequel les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes et ne peuvent ni nuire ni profiter aux tiers.

Pour surmonter cet obstacle et trouver un fondement juridique à la transmission de la créance de non concurrence aux ayants cause à titre particulier la jurisprudence et la doctrine ont invoqué plusieurs justifications (2).

Nous examinerons successivement les diverses théories proposées en indiquant, pour chacune d'elles, les applications jurisprudentielles.

A — Première explication fondée sur l'article 1122 C. civ.

158. Une première théorie repose sur l'interprétation de l'art. 1122 Code civil. Elle n'est d'ailleurs pas limitée au seul problème de la transmission de l'obligation de non concurrence mais a été formulée à propos du problème général de la transmission des créances relatives à un bien, lors de la transmission de ce bien aux ayants cause à titre particulier.

Selon les termes de l'art. 1122 Code civil « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la convention ».

(1) Il s'agit ici de « l'effet obligatoire » du contrat et non du problème de son « opposabilité ». Sur cette distinction, Voir J.M. AUSSEL, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, Thèse, Montpellier 1951, n° 55 et suivants.

(2) Les incertitudes de la jurisprudence et la multiplicité des opinions doctrinales sont symptomatiques de la difficulté de la question.

Les auteurs classiques interprétaient le terme « ayant cause » de l'art. 1122 Code civ. comme s'appliquant aux ayants cause à titre universel; les ayants cause à titre particulier étant dans cette conception étrangers à la règle posée par l'art. 1122 Code civil. C'est contre cette interprétation qu'un mouvement doctrinal important s'est élevé. S'appuyant sur des considérations logiques (1) et historiques (2) de nombreux auteurs soutiennent que les ayants cause visés dans l'art. 1122 Code civil sont les ayants cause à titre particulier (3). Ils admettent, par là, la transmission à l'ayant cause à titre particulier des contrats relatifs au bien transmis conclus par son auteur, sans que cette transmission soit exprimée par les parties. Comme l'écrit M. Rodière « On écarte 1165 au nom de 1122 (4).

Cependant, les auteurs se divisent lorsqu'il s'agit de savoir si ce texte s'applique aux créances et aux dettes ou seulement aux premières (5). La logique voudrait que créances et dettes subissent le même sort. Des considérations pratiques ont déterminé une grande partie des auteurs à n'admettre l'application de l'art. 1122 Code civil aux ayants cause à titre particulier que pour les seules créances (6). Ces divergences ruinent en grande partie le crédit de cette thèse.

Aussi, d'éminents auteurs soutiennent-ils que l'art. 1122 Code civil ne vise pas les ayants cause à titre particulier (7). En faveur de la transmissibilité de l'obligation à l'ayant cause à titre particulier, écri-

(1) L'expression « héritier et ayants cause » de l'art. 1122 *Code Civil* ne peut avoir de sens, dit-on, que si le terme « ayant cause » s'applique aux ayants cause à titre particulier — Prétendre le contraire réduit ce terme à un pléonisme, héritier et ayants cause étant les mêmes personnes. En ce sens, voir J.M. AUSSEL, *op. cit.*, p. 40; A. WEILL, *op. cit.*, p. 112.

(2) Les auteurs font appel notamment à POTHIER : « Ce que nous stipulons par rapport à une chose qui nous appartient nous le pouvons valablement stipuler non seulement pour nous et nos héritiers mais pour tous nos successeurs à titre singulier à cette chose, lesquels sont compris dans le terme d'ayant cause usité dans les contrats. » *Traité des obligations*, n° 67.

(3) Sur cette question, voir C. VILAR, *La cession de contrat en droit français*, Thèse, Montpellier 1968, p. 55 et suivantes.

(4) Note sous Aix, 5 oct. 1954, *J.C.P.* 1955-II, 8548.

(5) Pour résoudre cette question, les auteurs s'attachent à donner une signification au mot « stipuler » de l'art. 1122 Code Civil. Certains entendent ce terme comme signifiant « devenir créancier », ce qui est en contradiction avec le principe de la transmission des dettes aux héritiers visés dans le texte. La contradiction est réduite en invoquant une erreur de rédaction, ou encore la seule application de 1122 aux ayants cause à titre universel en ce qui concerne les créances.

D'autres, plus logiquement, interprètent le terme « stipuler » comme signifiant « contracter ». Ils sont alors confrontés à la délicate question de la transmission des dettes aux ayants cause à titre particulier.

Enfin il a été soutenu que l'expression « stipuler » devait s'entendre « devenir créancier » en ce qui concerne les ayants cause à titre particulier et « contracter » à l'égard des ayants cause universels. Interprétation qui lève bien des difficultés mais suppose que l'on admette qu'un même mot, dans une même phrase, puisse avoir deux significations différentes.

(6) Voir J.M. AUSSEL, *op. cit.*, A. WEILL, *op. cit.*

(7) MARTY et RAYNAUD, *Droit Civil*, p. 214 et s.; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, T. II, n° 753; RODIERE, Note sous Aix, 5 oct. 1954, précitée.

vent MM. Mazeaud, on invoque parfois l'art. 1122 Code civil... Cette interprétation ne paraît pas fondée ; par l'expression « ayant cause » les rédacteurs du Code civil ont entendu viser les légataires universels et à titre universel à côté des héritiers véritables. L'art. 1122 n'est donc ici d'aucun secours » (1).

La position de la jurisprudence vient renforcer cette réserve. En effet si les juges du fond ont parfois fait appel à l'art. 1122 Code civil pour justifier la transmission de la créance de non concurrence au sous-acquéreur d'un fonds de commerce (2), la Cour de cassation ne s'est jamais engagée dans cette voie. Au contraire la Cour suprême maintient d'une manière générale le principe de l'intransmissibilité des créances aux ayants cause à titre particulier (3).

Les divisions de la doctrine et le peu d'écho que cette théorie rencontre en jurisprudence rendent difficile l'admission de l'art. 1122 du Code civil comme fondement juridique de la transmission de plein droit de la créance de non concurrence aux ayants cause à titre particulier du créancier de non concurrence.

B — Deuxième explication fondée sur la transmission de l'obligation de garantie.

159. Certains auteurs et plusieurs décisions jurisprudentielles justifient la transmission de la créance de non concurrence à l'ayant cause à titre particulier en s'appuyant sur la transmission de l'obligation de garantie.

Soutenue par Du Garreau (4), cette thèse repose pour l'essentiel sur le syllogisme suivant : il est unanimement admis que l'obligation de garantie relative à un bien se transmet de droit à l'ayant cause à titre particulier qui reçoit ce bien, or, l'obligation de non concurrence n'est que l'expression de l'obligation de garantie du fait personnel, donc elle se transmet de plein droit aux ayants cause à titre particulier.

Les tribunaux ont eu à plusieurs reprises recours à cette explication. Ainsi, la Cour d'Angers admet la transmission de la créance de non concurrence au sous acquéreur d'un fonds de commerce parce que « le bénéfice de cette stipulation peut être réclamé par les cessionnaires successifs du fonds à qui l'action en garantie est cédée en même temps que le fonds » (5). C'est la même idée que l'on relève dans un arrêt de la Cour de Lyon qui remarque, que « si l'acquéreur vend lui-même son établissement, le nouvel acquéreur a les mêmes avantages que le premier et a le droit d'empêcher le vendeur originaire de rétablir son fonds dans le lieu interdit dans le contrat primitif car il y a lieu d'appli-

(1) *Op. cit.* n° 753.

(2) Paris, 21 février 1900, *D.* 1900, 71 ; Paris, 13 nov. 1883, *Jx. Trib. Co.* 1884, 186 ; Dijon, 20 nov. 1866, sous Req. 18 mai 1868, *D.* 1869-1, 366.

(3) Cass. Civ., 12 janvier 1937, *D.H.* 1937, 99.

(4) DU GARREAU « La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur », *R.T.D.Civ.* 1944, p. 225 et s.

(5) Angers, 9 juillet 1935, *D.H.* 1935, 513.

quer les dispositions des art. 1625 et suivants du Code civil sur la garantie due par le vendeur » (1).

160. D'une apparente solidité basée sur le plus élémentaire bon sens cette théorie appelle néanmoins les plus vives réserves.

Il n'est pas question pour nous de nier que la doctrine et la jurisprudence soient unanimes à admettre la transmission de plein droit de la créance de garantie aux titulaires successifs d'un bien. Mais construire sur cette base une explication pour la créance de non concurrence, n'est-ce pas repousser le problème? En effet, l'accord est loin d'être réalisé sur le fondement juridique de la transmission de l'obligation de garantie (2). La difficulté reste donc entière.

D'autre part et surtout, on ne peut admettre dans les cessions de clientèles civiles ou commerciales l'assimilation de l'obligation de non concurrence à l'obligation de garantie existant lors de la vente d'un bien. Nous avons précédemment établi la différence profonde qui existe entre ces deux obligations (3).

En outre, nul ne peut soutenir que la dette de non concurrence souscrite par un salarié puisse être analysée comme une obligation de garantie. Pourtant, les solutions de la jurisprudence sont identiques : la transmission est admise qu'il s'agisse d'une créance de non concurrence résultant d'une cession de clientèle ou d'un contrat de travail.

Pour toutes ces raisons cette deuxième explication fondée sur l'assimilation de l'obligation de non concurrence à l'obligation de garantie ne nous semble pas devoir être retenue comme constituant un fondement juridique satisfaisant de la transmission de plein droit de la créance de non concurrence aux ayants cause à titre particulier.

C — Troisième explication fondée sur l'analyse de la volonté des contractants.

161. Se refusant à appliquer en notre matière l'art. 1122 Code civil, certains auteurs expliquent la transmission de la créance de non concurrence aux ayants cause à titre particulier par une analyse de la volonté des contractants. Mais les uns se placent au niveau du contrat primitif et font appel au mécanisme de la stipulation pour autrui, alors que d'autres analysent la volonté des parties au second contrat pour y découvrir une cession de créance.

(1) Lyon, 6 avril 1892, *D.* 1893-2, 62.

(2) Voir B. Gross, *op. cit.*, n° 191 et suivants, qui fait état des divergences de la doctrine et de la jurisprudence quant au fondement de la transmission active de l'obligation de garantie. Trois théories sont essentiellement proposées. L'une fondée sur l'art. 1615 Code civil, la créance de garantie étant analysée comme « l'accèssoire » du bien transmis ; l'autre reposant sur l'art. 1122 Code Civ. ; une troisième enfin invoquant le mécanisme de la cession de créance.

(3) Voir *supra*, p. 111 et s.

1. *Explication par les règles de la stipulation pour autrui.*

162. Selon cette théorie le créancier de non concurrence primitif stipulerait pour lui et ses ayants cause à titre particulier. Cette thèse a été soutenue par Demogue qui écrit « que celui qui passe un contrat se rapportant à une chose et qui est de telle nature qu'il sert à la bonne exploitation de cette chose, de sorte que les stipulations qui y sont contenues ne lui serviront plus le jour où il aura cédé sa chose, mais profiteraient grandement à son ayant cause particulier, a entendu stipuler par là même et subsidiairement pour cet acquéreur » (1).

De nombreux auteurs se sont élevés contre cette explication.

Raisonnant sur l'hypothèse d'une cession de fonds de commerce M. Schrameck écrit « Comment le vendeur qui s'engage envers son acheteur nommément désigné et envers lui seul a-t-il connaissance de son intention de stipuler implicitement pour tout possesseur ultérieur du fonds en même temps que pour lui-même? » (2).

Abordant le même problème M. Despax conclut : « Il est en effet audacieux de rendre tacite et l'intention de stipuler pour le sous-acquéreur et la connaissance par le vendeur de cette intention car cela revient à dire que toute clause susceptible de procurer à un tiers les mêmes avantages qu'au stipulant constitue en sa faveur une stipulation implicite » (3).

On a d'autre part justement remarqué la contradiction existant entre les effets de l'acceptation par le tiers bénéficiaire de la stipulation et la possibilité pour le créancier de non concurrence de libérer son débiteur même après la revente du fonds en renonçant à la clause de non concurrence. « On est bien obligé de constater écrit M. Despax que cette renonciation est inconciliable avec la notion de stipulation pour autrui puisque le sous acquéreur est réputé devoir accepter la stipulation faite à son profit par le fait même de son acquisition et qu'à dater de ce moment la stipulation devrait être considérée comme irrévocable » (4).

Enfin et surtout, nous ne pouvons accepter cette explication car si elle peut être tentée lorsque la créance de non concurrence résulte d'une manifestation de volonté des parties, elle ne saurait être soutenue lorsque la créance de non concurrence existe de plein droit, en dehors de toute manifestation de volonté, notamment en matière de transfert de fonds de commerce. En effet comment soutenir que le créancier ait pu stipuler pour autrui alors qu'il n'a pas stipulé pour lui-même?

2. *Explication par le mécanisme de la cession de créance.*

163. L'analyse de la volonté des contractants se situe, dans cette théorie, au niveau du contrat passé entre l'auteur et l'ayant cause.

(1) DEMOGUE, *Traité des obligations*, T. VII, n° 684, p. 143.

(2) SCHRAMECK, *op. cit.*, p. 47.

(3) DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Thèse, Toulouse 1956, n° 58.

(4) DESPAX, *op. cit.*, n° 58.

La justification de la transmission de la créance de non concurrence est exprimée dans l'idée selon laquelle il y aurait cession de créance tacite (1). Le sous-acquéreur d'un fonds de commerce bénéficierait de la créance de non concurrence de son auteur parce que celui-ci la lui aurait cédée en même temps que le fonds de commerce.

164. Cette dernière explication apparaît comme la plus logique. Certes des difficultés subsistent, notamment pour satisfaire aux exigences de l'art. 1690 Code civil, elles ne sont pas dirimantes (2).

L'analyse de la « cession » de clientèle nous a appris que céder une clientèle ce n'est pas transmettre la propriété d'un bien, transfert dans notre matière impossible, mais procurer au « cessionnaire » les moyens d'attirer et de retenir les clients, c'est-à-dire essayer de faire que le cessionnaire soit, au regard de la clientèle, dans la position qui était celle du cédant. Il est alors normal de transférer les droits personnels qui peuvent modifier ou consolider cette position ; droits personnels au premier rang desquels figure la créance de non concurrence.

En étudiant « Les éléments nouveaux du fonds de commerce » M. Jauffret écrit « Il est de façon constante admis en jurisprudence que le sous-acquéreur d'un fonds de commerce peut se prévaloir de la clause par laquelle le vendeur primitif s'est interdit de se rétablir. Le droit à exiger le non rétablissement du vendeur s'est incorporé à la clientèle, élément essentiel du fonds, il s'est donc identifié avec la chose vendue c'est-à-dire avec le fonds » (3).

Nous pensons qu'il faut aller plus loin et que si l'on veut donner quelque sens à l'expression « clientèle » de la loi du 17 mars 1909 il faut entendre par là les droits personnels qui permettent de dégager la valeur de la clientèle, elle-même insusceptible d'appropriation. La créance de non concurrence étant l'un de ces principaux droits personnels, la seule mention de l'élément clientèle lors de la cession, implique par là même la transmission de cette créance à l'acquéreur du fonds. Il s'agit d'une cession de créance expresse. En donnant ainsi son véritable sens à l'expression « clientèle » on évite en outre une critique souvent formulée par les tribunaux et que l'on peut opposer à l'explication proposée par M. Jauffret. En effet, dire comme le fait cet auteur, que la créance de non concurrence est relative à la clientèle et donc transmise avec elle, c'est encore dire qu'à côté des éléments énumérés par la loi de 1909 le fonds de commerce peut comprendre des créances distinctes de ces éléments et pourtant transmises de plein droit en même temps que ces derniers.

(1) Voir R. RODIERE, note sous Aix, 5 oct. 1954, *J.C.P.* 1953-II, 8548.

(2) Les formalités de l'art. 1690 Code Civil ayant pour but de protéger les droits des tiers, la jurisprudence décide, si ces droits ne sont pas en cause, que le cessionnaire peut réclamer l'exécution de l'obligation au débiteur cédé alors même qu'aucune signification ou acceptation de la cession n'est intervenue. Voir : Cass. Civ., 8 janv. 1955, *Bull. Civ.* I, n° 13 ; Cass. Civ., 4 mars 1931, *G.P.* 1931-1, 715, *D.P.* 1933-1, 73, note RADOUANT.

(3) JAUFFRET, in *Mélanges Ripert*, T. II, p. 41.

Or, la Cour de Chambéry a récemment rappelé « que le droit français n'admet pas que le fonds de commerce puisse constituer une universalité juridique ou un patrimoine d'affectation ; qu'il en résulte que les créances et les dettes du vendeur ne passent pas de plein droit à l'acquéreur mais lui restent personnellement, sauf stipulation contraire dans l'acte » (1).

Il reste que cette explication ne peut être étendue aux cessions de clientèles civiles. Nous savons pourtant que la solution est identique, la créance de non concurrence étant transmise aux titulaires successifs du cabinet (2). La justification ne peut alors être trouvée que dans la volonté présumée des parties, c'est-à-dire dans une cession de créance tacite.

La rôle de la créance de non concurrence commande sa transmission aux titulaires successifs du poste professionnel. Cependant, cette transmission de plein droit est difficilement justifiable sur le plan des principes juridiques (3). La doctrine et la jurisprudence se sont efforcées d'atteindre le résultat désirable dans le cadre des techniques classiques. Aucune n'est entièrement satisfaisante. Toutes sont impuissantes à masquer l'originalité de l'obligation de non concurrence.

Section II. — La transmission passive de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier du débiteur de non concurrence.

165. Cette question est souvent obscurcie par la confusion commise par la doctrine et la jurisprudence entre l'obligation de non concurrence proprement dite et des obligations dont le but n'est pas d'interdire une activité déterminée mais seulement d'interdire certaines modalités déterminées dans l'exercice d'une activité (4). C'est l'hypothèse du vendeur d'un fonds de commerce de confection pour hommes et enfants qui exige de l'acquéreur l'engagement de ne pas exploiter la confection pour dames (5) ou encore celle de l'acquéreur d'un fonds de boulangerie qui s'engage à ne pas fabriquer ou vendre de la pâtisserie (6).

(1) Chambéry, 26 nov. 1962, *Juris. Clas. Com.*, Annexes, Fonds de Commerce, n° 269.

(2) Voir *supra*, p. 141.

(3) L'intervention du législateur serait souhaitable — cf. *Code Civil Italien*, art. 2259, qui prévoit la transmission automatique des créances relatives à l'entreprise cédée à l'acquéreur.

Voir aussi le texte adopté pour la Sous-Commission de Réforme du Code de Commerce « Le bénéfice de cette obligation — de non concurrence — se transmet s'il y a lieu au sous-acquéreur du fonds ». Texte qui n'a pas été retenu par la Commission.

(4) Sur cette distinction, voir *supra*, p. 9.

(5) Rouen, 28 nov. 1925, *S.* 1925-II, 125.

(6) Chambéry, 26 nov. 1962, *Juris. Clas. Com.* Annexes, « Fonds de Commerce », n° 269.

La question peut alors se poser de savoir si le sous-acquéreur du fonds de confection ou de boulangerie sera tenu de plein droit par l'engagement pris par son auteur. Mais il faut bien marquer qu'il s'agit ici d'une obligation essentiellement différente de l'obligation de non concurrence au sens ou nous l'entendons. En particulier le caractère intuitu personae de la dette de non concurrence est ici absent. L'obligation pèse plus sur le fonds lui-même que sur la personne du titulaire du fonds (1).

166. Cette précision apportée, on doit remarquer que la question de la transmission de la dette de non concurrence aux ayants cause à titre particulier du débiteur de non concurrence n'est soulevée en pratique que fort rarement. Il faut supposer que le cédant d'un fonds de commerce acquiert ou crée un fonds de commerce au mépris de son obligation de non concurrence, puis cède ce fonds.

L'acquéreur est-il alors tenu de la dette de non concurrence de son auteur?

Les tribunaux se sont toujours refusés à admettre la transmission de la dette de non concurrence à l'ayant cause à titre particulier.

La position de la jurisprudence est clairement exprimée dans un arrêt de la Cour de Poitiers. « Si l'interdiction de concurrence profite aux titulaires successifs du fonds, remarque la Cour, il ne s'ensuit pas qu'à l'inverse elle constitue de plein droit une obligation pour ceux qui ont acquis du vendeur. Attendu que par sa nature une obligation de ce genre n'est pas transmissible, qu'en effet elle n'est pas attachée au fonds sinon elle constituerait une sorte de servitude sur un droit mobilier, ce qui n'est pas admis par la loi ; mais que cette obligation d'abstention interdisant au vendeur des faits de concurrence pour l'empêcher de reprendre la clientèle cédée est en principe contractée intuitu personae et doit être considérée comme essentiellement attachée à la personne qui l'a assumée » (2).

La nature même de la dette de non concurrence interdit sa transmission ; conclue intuitu personae la dette de non concurrence est personnelle au débiteur et ne peut donc être transmise à ses ayants cause.

(1) Si, dans cette hypothèse, la nature de l'obligation ne fait pas obstacle à sa transmission, le fondement juridique de cette transmission est difficile à découvrir. La jurisprudence est sur ce point divisée.

Certaines décisions ont admis la transmission en qualifiant l'obligation de « droit réel mobilier qui s'exerce de façon absolue à l'égard de tous les exploitants successifs du fonds cédé » (Rouen, 28 nov. 1925, précité.)

D'autres condamnent cette analyse et refusent la transmission de l'obligation car « en admettant la transmissibilité de plein droit on créerait un monstre juridique, à savoir une servitude constituée au profit d'un meuble incorporel ». (Chambéry, 26 nov. 1962, précité.)

En réalité, la transmissibilité de plein droit est difficile à justifier. Il semble bien que le moyen le plus efficace soit l'engagement pris par le débiteur de transmettre à ses ayants cause l'obligation dont il est personnellement tenu.

(2) Poitiers, 25^e mai 1936, S. 1936-2, 197. Dans le même sens, voir Req. 18 nov. 1946, J.C.P. 1947-II, 3854, note BASTIAN.

CONCLUSION DU TITRE I

167. L'étude des sujets de l'obligation de non concurrence et particulièrement de sa transmission aux ayants cause des sujets originaires, nous a permis de constater que, par delà la diversité des problèmes techniques, il existe une unité de solution commandée par la nature et le rôle de l'obligation de non concurrence.

Envisagée du point de vue actif, la notion d'obligation de non concurrence dépasse le simple rapport personnel de créancier à débiteur. De par sa fonction qui est d'appréhender une valeur fugitive en obligeant le débiteur à l'inaction, la créance de non concurrence tend à se transmettre aux titulaires successifs du poste professionnel sans qu'il y ait à distinguer la cause de leur droit : transmission à titre universel ou à titre particulier. L'appropriation de la clientèle étant impossible, la créance de non concurrence joue le rôle d'ersatz de droit réel qui pourrait être invoqué par tout titulaire du poste professionnel.

Au contraire, lorsqu'on envisage l'obligation de non concurrence sous l'angle de la dette, il apparaît que celle-ci de par sa nature est rebelle à toute transmission ; personnelle au débiteur, la dette de non concurrence ne peut jamais obliger ses ayants cause (1).

(1) Par une décision récente, la Chambre Commerciale de la Cour de cassation vient de prendre position en ce sens en décidant, dans le cadre du régime de communauté, que l'obligation de non concurrence, souscrite par le mari pendant la communauté, ne saurait engager la femme acceptante. « Attendu, déclare la Cour, que si l'engagement de non concurrence, pris par le mari seul, affecte la consistance du patrimoine commun, il lui reste personnel quant à son exécution et ne saurait engager la femme, même si elle accepte la communauté » (Cass. Com., 19 mars 1968, *Bull. Civ. III*, p. 101, n° 116).

TITRE II

L'OBJET DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE

168. Étudier l'objet d'une obligation consiste à rechercher ce que doit le débiteur au créancier, c'est-à-dire une prestation : donner, faire ou ne pas faire quelque chose.

L'expression même d'obligation de non concurrence, indique la nature de la prestation due par le débiteur de non concurrence. Ce dernier est tenu d'une obligation de non facere, de l'obligation de s'abstenir de concurrencer le créancier de non concurrence.

Il ne suffit pas cependant de dire que le débiteur doit une abstention de concurrence. On doit rechercher quel est le contenu exact de cette prestation de non concurrence, en particulier, quelle activité, quels actes, seront interdits au débiteur de non concurrence.

L'activité interdite au débiteur de non concurrence ne l'étant pas en raison du caractère déloyal qu'elle pourrait présenter, mais en raison de la concurrence qu'elle détermine, il convient de connaître avec précision la portée d'une interdiction visant des actes licites en eux-mêmes. L'interdiction d'exercer une activité étant ici indépendante du mode d'accomplissement des actes de concurrence (1).

En l'absence de texte, c'est à l'étude de la jurisprudence qu'il faut recourir pour déterminer le contenu de la prestation de non concurrence. Cette détermination nous conduira à effectuer une double investigation.

Tout d'abord nous étudierons le contenu de la prestation quant à l'objet proprement dit, c'est-à-dire l'interdiction d'exercer telle ou telle activité professionnelle déterminée : boucher, imprimeur, médecin ou garçon de café.

(1) Sur la distinction entre l'obligation de non concurrence et la théorie de la concurrence déloyale, voir *supra*, p. 7 et s.

Puis, dans une deuxième démarche, nous rechercherons quel est le contenu de la prestation de non concurrence quant aux modes d'exercice de l'activité professionnelle interdite au débiteur de non concurrence. Par exemple, le vendeur d'un fonds de boucherie — qui ne peut donc exercer la profession de boucher — doit-il uniquement ne pas créer un fonds de boucherie concurrent ou bien lui sera-t-il interdit de s'engager comme employé dans une boucherie concurrente ; pourra-t-il entrer dans une société exploitant un fonds de commerce de boucherie, ou encore, lui sera-t-il permis de prêter des fonds à un boucher concurrent de son acquéreur?

— CHAPITRE I. — *Contenu de la prestation de non concurrence quant à l'activité professionnelle interdite.*

— CHAPITRE II. — *Contenu de la prestation de non concurrence quant aux modes d'exercice de l'activité professionnelle interdite.*

CHAPITRE I

CONTENU DE LA PRESTATION DE NON CONCURRENCE QUANT A L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE INTERDITE

169. Employeur ou acquéreur d'un fonds de commerce, preneur d'un local à usage commercial ou cessionnaire d'un cabinet de profession libérale, le créancier de non concurrence exerce dans toutes les hypothèses une activité professionnelle.

La prestation de non concurrence due par le débiteur : salarié, vendeur, bailleur ou cessionnaire, l'oblige à s'abstenir d'exercer une activité professionnelle en concurrence avec celle du créancier de non concurrence.

Il s'agit, d'une part, de déterminer la nature de l'activité professionnelle ainsi interdite et, d'autre part, de connaître la portée de l'interdiction dans le temps et dans l'espace.

— SECTION I. — *Détermination de la nature de l'activité professionnelle interdite.*

— SECTION II. — *Détermination de l'étendue de la prestation de non concurrence dans le temps et dans l'espace.*

Section I. — **Détermination de la nature de l'activité professionnelle interdite.**

170. La prestation de non concurrence contraint le débiteur à s'abstenir d'exercer une activité en concurrence avec celle du créancier de non concurrence. La détermination de cette activité professionnelle prohibée résulte soit de la volonté des parties (1), soit en son absence,

(1) Sous réserve du respect des conditions de validité de l'obligation de non concurrence étudiées précédemment. Voir *supra*, p. 10 et s.

dans l'hypothèse de l'existence d'une obligation de non concurrence de plein droit, de l'appréciation des tribunaux qui possèdent en ce domaine un pouvoir très étendu.

§ I. — LES CLAUSES DE NON CONCURRENCE

171. La détermination de la nature de l'activité professionnelle interdite au débiteur de non concurrence est souvent l'œuvre des parties qui stipulent une clause de non concurrence ; clause donnant naissance à l'obligation de non concurrence ou venant préciser le contenu d'une obligation de non concurrence de plein droit (1).

L'étude de la rédaction des clauses de non concurrence fait apparaître essentiellement deux méthodes employées par les contractants pour déterminer la profession interdite au débiteur de non concurrence. Celle-ci est, soit désignée nommément dans le texte de la clause, soit déterminée indirectement par référence à l'activité du créancier de non concurrence.

172. A — De nombreuses clauses contiennent l'indication précise de l'activité professionnelle interdite au débiteur de non concurrence. Le contrat-type d'association établi par l'Ordre National des Médecins prévoit, dans son article 9, « M. B. s'engage à ne pas exercer la médecine d'une façon permanente ou accidentelle... ».

De même, le contrat-type de « cession de clientèle » dispose que « le cessionnaire s'engage à ne pas exercer la profession médicale soit directement soit indirectement » (2).

Cette pratique ne se rencontre pas seulement dans les clauses relatives aux professions libérales. Elle est fréquente en matière de transfert de fonds de commerce et de contrat de travail.

La clause insérée dans l'acte de cession d'un fonds de commerce prévoit que le cédant ne pourra « faire le commerce de draperie, velours ou confection » (3) ou encore que le cédant s'interdit « de se rétablir dans la profession de boulanger, pâtissier, grainetier » (4). En matière de contrat de travail un salarié, souscrivant une clause de non concurrence, s'engage « à ne pas exercer la profession d'agent ou de courtier immobilier » (5) ou à ne pas s'embaucher dans une entreprise portant un numéro déterminé de l'Institut de la Statis-

(1) Cette dernière hypothèse est particulièrement fréquente en matière de mutation de fonds de commerce.

(2) Voir aussi le contrat-type de présentation de clientèle proposé par l'Ordre National des Experts-comptables, Art. 9 : « M. X. s'interdit d'exercer la profession de comptable ou d'expert-comptable... ».

(3) Paris, 24 nov. 1956, *Annales* 1958, 70.

(4) Trib. Com. Caen, 14 octobre 1959, *Jur. Clas. Com.* « Fonds de commerce », Fasc. X, n° 324.

(5) Soc. 20 janvier 1960, *Bull. Civ.* IV, n° 62, p. 50.

tique affecté à une branche spéciale d'activité (1) ou encore à ne pas exercer la profession de prospecteur-observer (2).

173. B — Une deuxième méthode employée pour déterminer la nature de l'activité professionnelle interdite au débiteur de non concurrence consiste à prendre pour référence l'activité du créancier de non concurrence, acquéreur d'un fonds de commerce ou employeur.

La clause insérée dans le contrat de vente de fonds de commerce contient alors l'interdiction pour le débiteur « d'exploiter un fonds de commerce similaire » ou « un fonds de même nature » que celui transféré à l'acquéreur (3).

Ou encore, la clause insérée dans un contrat de travail interdit au salarié de « prendre aucune part à l'exploitation d'un établissement où s'exercerait la même profession » (4) ou « ayant le même objet » (5) ou « fabriquant des articles similaires » (6) ou « de même nature » (7) que celle de son ancien employeur, créancier de non concurrence.

§ II. — LA JURISPRUDENCE

174. Lorsque, en présence d'un contrat imposant une obligation de non concurrence de plein droit à la charge de l'une des parties, aucune clause n'est venue préciser l'activité professionnelle interdite au débiteur, c'est aux tribunaux, en l'absence de texte, qu'il appartient de préciser la nature de l'activité professionnelle interdite au débiteur de non concurrence.

La jurisprudence décide que le débiteur de non concurrence ne peut exercer une activité professionnelle qui vienne concurrencer l'activité du créancier de non concurrence.

Le vendeur d'un fonds de commerce n'a par exemple pas le droit d'exploiter un commerce pouvant concurrencer celui qu'il a vendu, c'est-à-dire un commerce similaire ou de même nature (8).

Cependant une jurisprudence abondante témoigne des difficultés soulevées lorsqu'il s'agit de savoir si telle activité doit être considérée comme étant en tout ou en partie similaire ou de même nature, par

(1) *Inf. Chef Entreprise*, 1960, p. 1185.

(2) *Inf. Chef Entreprise*, 1963, p. 281, Trib. G. I. Pontoise, 17 oct. 1962.

(3) Voir Rabat, 5 décembre 1951, *Annales* 1952, 171.

(4) C.C.N. de Travail de la Coiffure et des professions connexes.

(5) Cass. Civ., 27 juillet 1927, *G.P.* 1927-2, 555.

(6) Soc., 3 janvier 1964, *J.C.P.* 1964-II, 13.551.

(7) Trib. Civ. Seine, 26 déc. 1936, *D.H.* 1936, 143.

(8) On doit remarquer que l'obligation du débiteur de non concurrence — vendeur d'un fonds de commerce — ne s'étend pas à l'ensemble de son activité mais est limitée à l'activité qu'il exerçait au moyen du fonds de commerce transféré à l'acquéreur. Cette remarque est importante lorsque le vendeur exploite plusieurs fonds de commerce de nature voisine.

rapport à l'activité développée par le créancier de non concurrence (1).

La Cour de Cassation décide que cette détermination est une question de fait tranchée souverainement par les juges du fonds (2). Aussi, est-il difficile de dégager une règle de portée générale. Particulièrement en matière de cession de fonds de commerce et de bail de locaux à usage commercial, une liste impressionnante de décisions démontre la difficulté de savoir si un fonds de commerce doit être considéré comme similaire à tel autre (3).

Nous nous bornerons à rapporter une décision récente pour marquer la subtilité de la distinction entre les commerces similaires ou non.

Le 11 juillet 1962, la Cour de Pau avait la difficile tâche de déterminer s'il y avait similitude entre un commerce d'objets de piété et d'articles de fantaisie et un autre commerce, commerces exploités dans des locaux appartenant à un même bailleur, lequel était tenu d'une obligation de non concurrence au profit d'un des preneurs. A cette occasion la Cour a procédé à une ventilation entre ce qu'il est convenu d'entendre par « objet de piété » et « article de fantaisie ». Ainsi sont des objets de piété « tous objets en harmonie avec un sentiment de piété ou permettant de s'adonner à une dévotion ». En revanche, « les médailles à motifs ou sujets de caractère religieux et les croix comme en portent les femmes dès qu'elles sont en métal précieux (l'argent n'étant pas considéré comme un métal précieux)... les cartes postales et les objets d'art de grande valeur, émaux, ivoires... les bidons, flacons, gourdes ou les objets qui sont plutôt des jouets pour les enfants des pèlerins tels que les boîtes à musique égrenant des notes de cantique » (4) ne sont pas des objets de piété mais des articles de fantaisie.

S'il est impossible de dégager un critère précis permettant d'apprécier le degré de similitude entre deux activités — les activités similaires ou identiques étant par hypothèse des activités satisfaisant des demandes de produits ou de services analogues —, il semble cependant que la jurisprudence attache une grande importance au fait que ces activités s'adressent à la même clientèle.

Ainsi, il a été jugé que le vendeur d'un hôtel peut louer des appartements meublés si les deux établissements, notamment quant à la nature de la clientèle, présentent des différences notables (5).

Par contre, le vendeur d'un fonds de restaurant ne pourra acquérir

(1) La même difficulté existe lorsque les parties en rédigeant la clause de non concurrence ont stipulé une interdiction de concurrence par rapport à une activité de « même nature » ou « similaire ».

(2) Voir Cass., Req. 7 juin 1940, S. 1940-I, 117.

(3) Pour des applications pratiques, voir *Juris. Clas. Com.*, « Fonds de Commerce », Fasc. X, n° 47 et s.; *Juris. Clas. Com.*, « Concurrence déloyale », Fasc. XXXVIII, n° 17 et s.

(4) Pau, 11 juillet 1962, *Quot. Jur.* 15 déc. 1962, *Juris. Clas. Com.*, « Concurrence déloyale », Fasc. XXXVIII, Annexes n° 18.

(5) Cass., Req. 10 août 1869, D.P. 1870-1, 115.

un fonds de café en raison de la similitude de clientèle qui à la campagne existe entre ces deux catégories de fonds (1).

Plus récemment la Cour de Paris (2) a jugé que la gérante d'un bar qui, après résiliation du contrat, s'était engagée comme barmaid dans un restaurant bar contigu malgré une clause de non concurrence, n'avait pas violé cet engagement « la clientèle du restaurant, établissement de luxe étant très différente de celle du café assujéti à la patente sous la mention « Cabaretier — Tableau A — Sixième classe » (3).

On peut donc dire que la similitude entre deux activités professionnelles consiste à satisfaire des demandes de produits ou de services analogues s'adressant à la même catégorie de clientèle. C'est cette activité qui est interdite au débiteur de non concurrence par rapport à l'activité développée par le créancier de non concurrence.

Section II. — Détermination de l'étendue de la prestation de non concurrence dans le temps et dans l'espace.

175. Pour satisfaire aux conditions de validité retenues par notre jurisprudence, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle déterminée doit être limitée soit dans le temps soit dans l'espace (4).

Cette délimitation de l'étendue de la prestation de non concurrence est effectuée par les parties qui stipulent une clause de non concurrence ou à défaut par les Tribunaux, lorsqu'en présence d'une obligation de non concurrence de plein droit les contractants n'ont pas précisé dans une clause le contenu de la prestation de non concurrence.

§ I. — LES CLAUSES DE NON CONCURRENCE

176. Les parties prévoient souvent dans une clause quelles seront les limites dans le temps ou dans l'espace de la prestation de non concurrence due par le débiteur de non concurrence.

177. a) D'une manière générale, la limitation quant au temps est énoncée par la fixation d'un délai déterminé calculé en mois ou en années (5). Plus rarement la durée de l'interdiction est délimitée

(1) Trib. Com. Charolles, 21 mars 1902, *G.P.* 1902-1, 605.

(2) Paris, 12 juillet 1954, *D.* 1954, 667, *R.T.D. Co.* 1955, p. 87, n° 10.

(3) Paris, 12 juillet 1954 précité. Voir aussi Paris, 6 février 1965, *G.P.* 1965-2, 156.

(4) Voir *supra*, p. 10. Il ne s'agit ici que d'exposer les méthodes employées pour déterminer l'étendue de la prestation dans le temps et dans l'espace.

(5) 6 mois : Soc., 11 nov. 1963, *Bull. Civ.* IV, n° 788, p. 653.

1 an : Soc., 4 avril 1949, *Bull. Civ.* IV, n° 337, p. 149.

2 ans : Soc., 5 mars 1948, *Bull. Civ.*, IV, n° 241, p. 285.

3 ans : Trib. Civ. Seine, 21 juin 1934, *D.H.* 1934, 484.

5 ans : Paris, 15 mai 1961, *S.* 1962-II, 9.

par un délai indéterminé : la durée d'un contrat de travail ou d'un contrat de société (1).

178. b) Pour déterminer le lieu dans lequel l'activité du débiteur ne pourra s'exercer les parties ont recours à plusieurs méthodes.

L'étendue territoriale de l'interdiction peut être fixée à une rue (2), un arrondissement (3), une ville (4), un département (5), plusieurs départements (6), un pays (7) ou une partie du monde (8). D'autres fois l'espace prohibé est déterminé par référence à l'ancienne activité du débiteur de non concurrence : par exemple le secteur prospecté par un représentant (9) ou par référence à l'activité du créancier de non concurrence : les régions où une société a exercé son activité durant les 3 dernières années (10).

Enfin, dans d'autres hypothèses, les parties délimitent la zone d'interdiction en prenant pour référence dans l'espace le siège de l'activité du créancier de non concurrence. Le débiteur ne pourra exercer l'activité professionnelle prohibée à moins d'une certaine « distance » ou dans un certain « rayon » ou dans tel « périmètre » ou encore à telle « distance à vol d'oiseau » du poste professionnel exploité par le créancier de non concurrence (11).

§ II. — LA JURISPRUDENCE

179. Lorsqu'un contrat emporte de plein droit création d'une obligation de non concurrence à la charge de l'une des parties, notamment en matière de transfert de fonds de commerce et lorsque les

10 ans : Paris, 23 avril 1925, *G.P.* 1925-II, 416.

20 ans : Paris, 24 nov. 1956, *Annales* 1958, 70.

25 ans : Cass. Civ., 2 juillet 1900, *D.* 1901-1, 244.

50 ans : Limoges, 25 nov. 1910, *D.P.* 1911-2, 405.

(1) Voir Cass. Civ., 14 mars 1904, *D.* 1904-1, 61

(2) Toulouse, 28 mars 1884, *Annales* 1885, 108.

(3) Lyon, 23 juillet 1896, *S.* 1897-2, 263.

(4) Paris, 24 nov. 1956, précité.

(5) Paris, 15 mai 1961, précité.

(6) Soc., 8 février 1961, *Bull. Civ.* IV, n° 178, p. 141.

(7) Paris, 15 octobre 1954, *D.* 1955, Som 77.

(8) Cass. Civ., 23 octobre 1912, *S.* 1913-1, 259 (Europe).

(9) Paris, 7 février 1956, *G.P.* 1956-I, 378.

(10) Soc., 3 janvier 1964, *Inf. Chef. Entreprise*, 1964, p. 221.

(11) « Dans un rayon de 5 km à vol d'oiseau » du siège du fonds donné en location (Toulouse, 16 janvier 1966, *J.C.P.* 1966-II, 14, 830) ; « Sur un parcours de 20 km à vol d'oiseau » du siège du fonds vendu (Trib. Com. Caen, 14 octobre 1959, précité) ; « Dans un périmètre de X km du cabinet du docteur A. » (Contrat-type d'association établi par l'Ordre national des médecins) ; « A une distance de moins de 6 km de la maison de vente » (Paris, 3 juin 1922, *D.* 1923-2, 5).

Pour d'autres applications pratiques et les différentes méthodes de calcul employées par les Tribunaux — vol d'oiseau ou longueur des voies de communication — voir *Juris. Clas. Com.*, « Fonds de Commerce », Fasc. X, n° 199 et s.

contractants n'ont pas, par une clause, marqué les limites de cette obligation ou si la clause stipulée est déclarée nulle, c'est au juge en l'absence de texte (1) d'indiquer, dans chaque espèce qui lui est soumise, les limites de la prestation de non concurrence.

Le critère adopté par les tribunaux consiste à rechercher si l'époque et le lieu dans lesquels le débiteur exerce l'activité professionnelle interdite déterminent un détournement de la clientèle du poste professionnel du créancier de non concurrence. L'étendue territoriale de l'interdiction est de ce fait fonction de l'importance de l'activité développée au moyen du poste professionnel exploité par le créancier. Ce peut être un certain « rayon » autour du fonds (2), une ville (3), ou un département (4).

Quant à la durée de l'interdiction elle sera également déterminée par la possibilité de détournement de clientèle que représente l'époque où le débiteur exerce l'activité qui lui est interdite. Ainsi il a été jugé, dans l'hypothèse d'une vente de fonds de commerce, que le vendeur peut se rétablir dans le même lieu, dans un commerce de même nature, longtemps après qu'il a cédé son fonds, sa personnalité n'étant plus connue et n'attirant plus la clientèle (5).

(1) Le seul texte prévoyant une limite dans le temps est d'origine réglementaire. Il s'agit de l'art. 69 du Code de Déontologie médicale. « Un médecin qui, soit pendant, soit après ses études a remplacé un de ses confrères ne doit pas s'installer pendant un délai de deux ans dans un poste où il puisse entrer en concurrence directe avec le médecin qu'il a remplacé... »

(2) Un rayon de 3 000 mètres, Paris, 2 août 1892, *D.* 1893-2, 95.

(3) Paris, 7 janvier 1890, *S.* 1891-2, 21.

(4) Cass. Civ., 16 mars 1886, *D.* 1886-1, 377.

(5) Montpellier, 21 juillet 1905, *D.* 1907-2, 209, Note LACOUR.

CHAPITRE II

CONTENU DE LA PRESTATION DE NON CONCURRENCE QUANT AUX MODES D'EXERCICE DE L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE INTERDITE

180. Si l'étude du contenu de la prestation de non concurrence quant à la catégorie d'activité professionnelle interdite au débiteur de non concurrence a démontré qu'à cet égard la limite du contenu de la prestation se rattache au genre d'activité exercée par le créancier de non concurrence, il est nécessaire, dans une deuxième démarche, de rechercher quel est le contenu de la prestation de non concurrence quant aux modes d'exercice de l'activité professionnelle interdite.

Autrement dit, une fois connu le genre de commerce ou d'industrie interdit, il reste encore à déterminer quels sont les modes d'exercice de cette industrie ou de commerce auxquels le débiteur de non concurrence ne doit pas se livrer.

Cette détermination est soit l'œuvre de la jurisprudence en présence d'une obligation de non concurrence de plein droit, soit l'œuvre des parties qui souscrivent une clause de non concurrence.

— SECTION I. — *En l'absence de clause.*

— SECTION II. — *En présence de clauses.*

Section I. — **En l'absence de clause.**

181. L'étude des sources de l'obligation de non concurrence dans les opérations de mutation de fonds de commerce nous a permis de constater que la jurisprudence trouve dans les article 1625 et suivants du Code civil relatifs à la garantie dans la vente le principe de l'existence d'une obligation de non concurrence de plein droit à la charge

du cédant (1). Dans cette hypothèse, l'obligation de non concurrence existant en dehors de toute manifestation de volonté, le contenu de la prestation de non concurrence ne peut résulter des termes de la convention des parties (2). L'analyse de la jurisprudence constitue, en l'absence de texte, le seul moyen permettant d'établir le contenu de la prestation due par le débiteur de non concurrence (3).

Il est difficile, à travers les nombreuses décisions rendues par les Tribunaux, de dégager les principes qui régissent cette matière. On peut cependant observer qu'un mode d'exercice de l'activité professionnelle prohibée est *a priori* interdit au débiteur de non concurrence : il s'agit de son rétablissement dans une activité similaire. Au contraire les autres modes d'exercice de l'activité prohibée tels que l'embauchage dans une entreprise similaire ou la participation dans une société concurrente ne sont interdits au débiteur que dans certaines circonstances.

§ I. — L'INTERDICTION DE RÉTABLISSEMENT (4)

182. Au terme d'une longue évolution jurisprudentielle la Cour de cassation décidait, le 11 mai 1898, (5) que « l'obligation de garantie comporte pour le vendeur d'un fonds de commerce l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à détourner la clientèle du fonds vendu ».

La Cour suprême posait ainsi le principe de l'existence d'une obligation de non concurrence de plein droit à la charge du cédant d'un fonds de commerce.

Il convient cependant de remarquer que ce principe ne portait

(1) Voir *supra*, p. 37 et s.

(2) Nous excluons donc toutes les hypothèses, les plus nombreuses en pratique, dans lesquelles les parties au contrat précisent le contenu de l'obligation légale de non concurrence par une clause de non concurrence. Le contenu de ces clauses sera étudié dans la section suivante. Voir *infra*, p. 169 et s.

(3) Le débiteur de non concurrence frappé par une obligation légale de non concurrence peut être le vendeur d'un fonds de commerce — c'est l'hypothèse dans laquelle nous nous plaçons, parce que la plus fréquente —, mais il ne faut pas oublier que d'autres opérations relatives au fonds de commerce donnent aussi naissance à une obligation de non concurrence de plein droit. Il en est ainsi notamment de l'apport en société, de l'échange et de la location gérance (Voir *supra*, p. 71 et s.). Et ce qui sera dit pour le vendeur peut s'appliquer à l'apporteur, aux co-échangistes ou aux parties du contrat de location gérance.

(4) Il faut préciser ce que recouvre exactement le mot « rétablissement ».

Strictement entendue cette expression signifie le fait pour le vendeur de se mettre à la tête d'une exploitation qui par son objet ou sa situation serait de nature à concurrencer le fonds cédé. C'est dans ce sens que nous l'employons au texte.

Prise dans un sens large cette expression recouvre alors non seulement le rétablissement stricto sensu, mais aussi toute activité du vendeur telle que son embauchage dans une entreprise, sa participation dans une société, qui aurait pour conséquence de permettre au vendeur de reprendre la clientèle du fonds cédé. Le « rétablissement » est alors synonyme de tout acte de concurrence à l'encontre de la clientèle cédée.

(5) S. 1898-1, 205. Voir *supra*, p. 37 et s.

pas en lui-même l'interdiction du rétablissement du vendeur. A l'obligation générale de non concurrence dont les limites sont à tracer, on opposait l'obligation de non rétablissement qui interdit *a priori* l'exercice d'une activité présumée nocive, c'est-à-dire étant nécessairement préjudiciable à l'acquéreur du fonds.

Plusieurs décisions adoptèrent cette distinction en décidant « qu'en l'absence d'une clause expresse portant interdiction au vendeur du fonds de commerce de faire un commerce similaire, la vente d'un tel fonds avec clientèle et achalandage n'entraîne pas nécessairement pour le vendeur une pareille interdiction ; que s'il est tenu dans tous les cas à la garantie édictée par l'art. 1126 du Code civil, cette obligation comporte seulement pour lui le devoir de s'abstenir de tout acte de nature à diminuer l'achalandage et à détourner la clientèle du fonds cédé » (1).

Le devoir de ne pas concurrencer était nettement différencié de l'obligation de ne pas se rétablir dans un commerce similaire, cette dernière hypothèse ne contrevenant pas nécessairement, dans l'esprit des juges, à l'obligation de garantie édictée par l'article 1626 du Code civil.

L'explication d'une telle position peut être recherchée dans le souci de ne pas poser d'une manière automatique une règle par trop attentatoire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, l'obligation générale de garantie, impliquant au regard de la clientèle la nécessité pour le cédant du fonds de ne pas concurrencer son successeur, nécessitait, en cas de violation, l'intervention et surtout l'appréciation du juge qui devait déterminer si le rétablissement incriminé méritait une sanction comme contraire à la garantie due par le vendeur.

C'est ce contrôle que les juges se refusaient d'abandonner en considérant comme une conséquence nécessaire de l'obligation de garantie l'interdiction pour le vendeur de se rétablir dans un commerce similaire dans le voisinage du fonds vendu. Soucieuse de protéger les intérêts pécuniaires d'un acquéreur digne de protection, la jurisprudence demeurait préoccupée par le respect de la liberté commerciale dans la personne du vendeur du fonds. S'il était désormais admis que tout vendeur de fonds de commerce est tenu en dehors de toute stipulation conventionnelle d'une obligation de non concurrence vis-à-vis de son successeur, cette dernière n'était analysée que comme une obligation générale de non concurrence résultant des règles générales de la garantie dans le contrat de vente. Seul le cédant du fonds, par un acte de volonté, pouvait s'obliger à ne pas se rétablir dans un commerce similaire.

183. Cette construction ne devait pas rester définitive. Une dernière étape allait être franchie au terme de laquelle le principe d'une obli-

(1) Req. 29 juillet 1908, *D.P.* 1909-1, 281, Note LACOUR. Voir aussi Req. 21 juillet 1873, *D.P.* 1874-1, 70.

gation de non rétablissement sera reconnue à l'encontre du cédant de fonds de commerce, obligation résultant de son obligation générale de non concurrence.

L'acte le plus redouté par l'acquéreur d'un fonds de commerce, celui qui se révèle le plus dangereux au regard de la clientèle, est sans conteste le rétablissement du vendeur dans un commerce similaire dans le champ d'action de son ancien fonds.

Le principe de la liberté de rétablissement du vendeur, en l'absence d'une clause spéciale, devait bientôt apparaître comme étant en contradiction avec l'obligation de non concurrence pesant sur le cédant du fonds au titre de la garantie due dans la vente du fonds de commerce.

Les erreurs de la jurisprudence engendrèrent un climat d'insécurité. En effet, si certaines décisions condamnaient des vendeurs de fonds de commerce à des dommages-intérêts pour avoir détourné la clientèle de l'établissement vendu en créant dans le voisinage un établissement similaire (1), d'autres confondaient l'obligation de non concurrence due par le vendeur en raison du contrat de vente et l'obligation générale pour tout commerçant de ne pas exercer une concurrence déloyale, et le rétablissement du vendeur était autorisé « si l'exploitation de ce nouvel établissement n'avait pas eu lieu à l'aide de procédés malhonnêtes et déloyaux ».

D'autre part, le rétablissement du vendeur restait licite sauf la preuve faite par l'acquéreur d'un préjudice en résultant. Or cette preuve était souvent difficile à rapporter, la clientèle pouvant délaisser le fonds de l'acquéreur pour des motifs multiples, indépendants de la concurrence exercée par le vendeur rétabli (2). Enfin, le dommage subi par l'acheteur était souvent irréparable la clientèle détournée n'étant jamais tenue de renouer avec le fonds de celui-ci.

Toutes ces considérations furent déterminantes pour susciter une ultime évolution qui devait définitivement préciser les obligations du vendeur de fonds de commerce au regard de la clientèle cédée.

Le 26 mars 1926 la Cour de Lyon (3) jugea « que l'interdiction de se rétablir est de l'essence même de la convention de vente de fonds de commerce et qu'elle rentre nécessairement dans la garantie due par le vendeur ». Ce principe, consacré par de nombreuses décisions postérieures est aujourd'hui unanimement admis (4). L'obligation

(1) Cass. Civ., 9 février 1898 et 11 mai 1898, *D.P.* 1903-1, 605 ; Req. 18 juin 1897, *D.P.* 1897-1, 383 ; Angers, 8 février 1905, *D.P.* 1907-2, 170 ; Paris, 7 janvier 1890, *D.P.* 1890-2, 289, note PLANIOL.

(2) Une telle difficulté est moins apparente dans l'hypothèse de concurrence déloyale, la jurisprudence déduisant le préjudice du fait même de l'existence de l'acte déloyal et se contentant de la preuve de celui-ci. Ce raisonnement n'étant pas possible dans notre hypothèse, le rétablissement ne constituant pas en lui-même un acte de concurrence déloyale.

(3) *D.H.* 1926, 259.

(4) Pour quelques applications, voir Rouen, 29 mars 1963, *D.* 1964, 16 ; Paris, 30 mars 1962, *Annales* 1963, 100 ; Cass. Civ., 9 janvier 1956, *G.P.* 1956-1, 201 ; Nancy, 20 février 1959, *D.* 1959, 233 ; Montpellier, 2 septembre 1951, *J.C.P.*

de non rétablissement restreint *a priori* l'activité du cédant en l'obligeant à ne pas se rétablir, obligation précise, visant un mode d'exercice déterminé de l'activité interdite en dehors de la prise en considération des conséquences effectives du rétablissement sur la clientèle du fonds transmis à l'acquéreur (1). Le rétablissement est ainsi analysé comme un acte concurrentiel présumé, considéré en lui-même, abstraction faite de son résultat.

§ II. — L'INTERDICTION DE TOUT MODE D'EXERCICE DE L'ACTIVITÉ INTERDITE DE NATURE À DÉTOURNER LA CLIENTÈLE DU FONDS CÉDÉ.

184. L'obligation de non concurrence oblige son débiteur à s'abstenir de concurrencer le fonds cédé d'une manière générale, les moyens par lesquels se réalise la violation de cette obligation n'étant pas limitativement énumérés. Toute action du vendeur qui aurait pour résultat de concurrencer le fonds cédé est prohibée. Mais, alors que le rétablissement dans un commerce similaire est prohibé en lui-même, en tant que moyen, — le résultat étant présumé — les autres modes d'exercice de l'activité interdite au débiteur ne lui sont interdits qu'en fonction de leur résultat.

Dès lors, la définition du résultat prohibé revêt une grande importance. Cette définition est étroitement liée à l'idée que l'on se fait du rôle de l'obligation de non concurrence dans les opérations de mutation de fonds de commerce.

A cet égard deux conceptions peuvent être soutenues (2). La première applique à l'obligation de non concurrence les solutions classiques du droit de la garantie dans la vente. Le vendeur ne pouvant priver l'acheteur du bénéfice qu'il attend du contrat, l'obligation de non concurrence, traduction de l'obligation de garantie, « a pour résultat d'empêcher le vendeur de rien faire qui puisse diminuer la valeur du fonds par lui cédé. Dès lors on va se montrer très strict quant aux actes interdits : c'est sur un terrain purement pécuniaire que l'on se place, toute participation directe ou indirecte à un com-

1952-IV, 115 ; Cass. Com., 20 décembre 1948, *J.C.P.* 1949-IV, 21 ; St-Étienne, 12 juin 1947, *G.P.* 1947-2, 106 ; Paris, 8 novembre 1932, *G.P.* 1932-1, 784 ; Paris, 17 février 1931, *G.P.* 1931-1, 711 ; Cass., Com., 31 octobre 1927, *G.P.* 1927-2 943 ; Nantes, 17 janvier 1927, *D.H.* 1927, 423. Cf. art. 2557 du *Code Civil Italien* : « L'aliénateur du fonds de commerce doit s'abstenir pour une période de 5 ans à partir du transfert de mettre sur pied une nouvelle entreprise qui, par son objet, sa situation ou d'autres circonstances, serait de nature à détourner la clientèle du fonds de commerce cédé ».

(1) Il est évidemment interdit au débiteur de non concurrence de tourner l'interdiction en se rétablissant par l'intermédiaire d'un prête-nom (Trib. Com. St-Étienne, 24 novembre 1932, *G.P.* 1932-2, 321 ; Trib. Com. Nevers, 24 avril 1928, *G.P.* 1928-2, 252) ou sous le couvert d'une société (Cass. Com., 19 janvier 1965, *Bull. Civ.* III, n° 45, p. 45.)

(2) Voir les observations de M. BASTIAN sous Req. 18 nov. 1946, *J.C.P.* 1947-II, 3854.

merce analogue ou similaire est prohibée, car elle diminue la valeur du fonds vendu » (1). De ce fait, tout acte de concurrence est interdit au débiteur dont la liberté se trouve ainsi très limitée.

Une seconde conception, plus respectueuse de la liberté du débiteur et analysant avec plus de justesse l'opération de cession de clientèle, assigne à l'obligation de non concurrence un objet plus précis : « elle concerne exclusivement la clientèle et a seulement pour conséquence d'interdire au vendeur tout acte qui pourrait détourner celle-ci » (2). Le but de l'obligation de non concurrence dans cette optique, n'est pas de garantir l'acquéreur contre tout acte susceptible de diminuer la valeur du fonds, mais de neutraliser, au regard de la clientèle du fonds cédé — clients anciens et nouveaux —, la personnalité et la compétence professionnelle du vendeur. « C'est la personnalité du vendeur qui est en jeu, écrit M. Bastian, et l'on n'interdit dès lors que les actes où cette personnalité a quelque influence » (3).

Dans cette conception, tout mode d'exercice d'une activité concurrente n'est donc pas prohibé, seuls les actes faisant apparaître la personnalité du débiteur de non concurrence ou lui permettant d'exercer sa compétence professionnelle, et qui de ce fait sont susceptibles de détourner la clientèle du fonds cédé, seront interdits.

L'analyse de la jurisprudence nous permettra de mesurer la place qu'occupent respectivement ces deux conceptions de l'obligation de non concurrence dans la détermination du contenu de la prestation de non concurrence par les Tribunaux quant aux modes d'exercice de l'activité prohibée.

Elle sera conduite à propos de deux situations fréquentes en pratique. Le cédant d'un fonds de commerce peut-il, d'une part, s'embaucher chez un concurrent de son acquéreur (A) ; peut-il, d'autre part, exercer une activité concurrente à travers une société (B) ?

A. — EXERCICES DES FONCTIONS D'EMPLOYÉ.

185. Le vendeur d'un fonds de commerce peut-il exercer un emploi dans une entreprise qui concurrence son acquéreur sans violer son obligation de non concurrence ?

Si l'obligation de non concurrence est comprise comme emportant interdiction de tout acte qui puisse diminuer la valeur du fonds transféré à l'acquéreur, on devrait interdire au vendeur tout emploi dans une entreprise concurrente.

La jurisprudence ne semble pas admettre cette solution tranchée. Au contraire, les Tribunaux examinent dans chaque espèce quelles sont les conséquences de l'activité exercée par le vendeur au regard de la clientèle du fonds cédé. Et si son emploi le met en relation avec la clientèle, l'activité lui sera interdite. C'est ainsi qu'il ne peut exercer

(1) BASTIAN, Observations sous Req. 18 nov. 1946, précité.

(2) BASTIAN, *op. cit.*

(3) BASTIAN, *op. cit.*

les fonctions de gérant, de représentant, ou de vendeur et plus généralement toutes fonctions dans lesquelles interviendrait sa personnalité (1). Il en sera de même lorsque l'emploi exercé, permet au débiteur d'exprimer ses compétences professionnelles, commerciales ou techniques, et constitue ainsi, indirectement, une concurrence déviatrice de clientèle.

Par contre, si l'emploi confié au vendeur ne le met pas en rapport avec la clientèle et ne lui fournit pas l'occasion d'exprimer ses connaissances professionnelles développées auparavant dans l'exploitation de son commerce, l'interdiction d'exercer les fonctions d'employé ne pourra le frapper (2).

On peut donc dire qu'il n'est interdit au vendeur de s'employer dans un commerce concurrent que dans la mesure où ce mode d'exercice de l'activité prohibée est susceptible de détourner directement ou indirectement la clientèle de son ancien fonds (3).

B. — EXERCICE DE L'ACTIVITÉ PROHIBÉE A TRAVERS UNE SOCIÉTÉ

186. La question de savoir si le vendeur d'un fonds de commerce peut entrer dans une société dont l'activité concurrence l'acheteur divise la jurisprudence.

Certaines décisions, adoptant la conception extensive de l'obligation légale de non concurrence, refusent au vendeur la possibilité d'entrer dans une société concurrente d'une manière générale, même si la participation du vendeur ne peut être la source d'un détournement de la clientèle du fonds cédé.

C'est ainsi que la Cour de Rouen (4) a condamné le débiteur de non concurrence pour avoir participé financièrement à la constitution d'une société concurrente. Il n'a pas été établi, constate la Cour, qu'il ait détourné ou même cherché à détourner au profit de cette société aucun client de celle d'où il s'était retiré, mais en lui suscitant une concurrente et en favorisant son activité par ses ressources et son intervention personnelle il a nettement contrevenu à son obligation de garantie ».

(1) Voir Cass. Civ., 11 mai 1898, S. 1898-1, 265 ; Lyon, 10 janvier 1936, *Rev. Fonds de Com.* 1936, 174.

(2) Voir Cass. Civ., 29 décembre 1909, D.P. 1911-1, 315. Il faut noter que le problème de la compétence professionnelle ne se pose que lorsqu'il s'agit de commerce exigeant des compétences spéciales.

(3) Le droit italien est sur ce point assez éloigné des solutions admises par notre jurisprudence. L'obligation légale de non concurrence qui pèse sur le vendeur du fonds (art. 2557, al. 1^{er}, *Code Civil italien*) n'emporte jamais pour celui-ci l'interdiction d'exercer une fonction salariée, fût-ce celle de gérant.

Seule une convention expresse peut lui interdire une telle activité. Encore faut-il que l'entreprise dans laquelle il exerce ses fonctions ait été constituée après la vente du fonds. Si elle préexistait à cette cession, même une disposition expresse ne pourrait interdire au vendeur d'y exercer les fonctions de salarié. Voir GUGLIELMETTI, *op. cit.*, p. 248.

(4) Rouen, 18 décembre 1935, G.P. 1936-1, 144.

On peut cependant se demander si la solution aurait été identique si, au lieu de participer financièrement à la création d'une société concurrente, le vendeur avait apporté cette même participation financière à une société préexistante à la vente du fonds. Nous ne le pensons pas. En effet les conséquences sont fort différentes entre le fait pour le vendeur de devenir actionnaire d'une société anonyme, associé dans une S.A.R.L. ou associé commanditaire d'une société concurrente préexistante à la vente et le fait de participer à la création d'une société concurrente, c'est-à-dire de susciter une concurrence inexistante au moment de la cession du fonds.

D'autres décisions, plus nombreuses, n'interdisent au vendeur de devenir membre d'une société concurrente que si les fonctions qu'il exerce dans la société sont de nature à détourner la clientèle du fonds transféré à l'acquéreur. Dans cette optique l'obligation légale de non concurrence n'interdit au vendeur que l'exercice des activités où sa personnalité humaine et technique interviendrait dans les rapports de la société concurrente avec la clientèle de son ancien fonds. Il ne pourra devenir ni associé commandité, ni gérant d'une S.A.R.L., ni administrateur d'une société anonyme (1). Au contraire toute participation « impersonnelle », telle qu'une participation purement financière, lui sera permise (2).

Section II. — En présence de clause.

187. Les modes d'exercice de l'activité professionnelle interdite au débiteur de non concurrence sont, dans la majorité des hypothèses, déterminés par les parties au contrat qui, à cet effet, stipulent une clause de non concurrence.

Cela est toujours le cas lorsque une manifestation de volonté est nécessaire pour donner naissance à l'obligation de non concurrence (3). Ce l'est aussi très fréquemment en présence d'un contrat emportant création d'une obligation de non concurrence de plein droit, la vente d'un fonds de commerce par exemple, les parties rédigeant alors une clause pour préciser le contenu de cette obligation légale.

(1) Voir Cass. Civ., 9 février 1898, *D.P.* 1903-1, 605 ; Dijon, 18 décembre 1924, *G.P.* 1925-1, 538.

(2) Le droit italien est dans l'ensemble plus protecteur de la liberté du vendeur que notre droit. Voir GUGLIEMMETTI, *op. cit.*, p. 254.

L'obligation légale de non concurrence ne peut peser sur le vendeur qui entre dans une société concurrente déjà existante et cela, quelle que soit l'activité qu'il assume dans cette société : simple participation financière, mais aussi administrative ou direction.

Au contraire s'il s'agit d'une société concurrente constituée postérieurement à la vente du fonds la solution dépendra de la position que le vendeur y occupera. L'obligation légale de non concurrence pourra être appliquée si l'acquéreur démontre l'importance que la personne du vendeur revêt dans la nouvelle société.

(3) Notamment en matière de « cession » de clientèle civile et de contrat de travail.

Nous examinerons tout d'abord de quelle manière, en pratique, les parties, en rédigeant la clause, prévoient son contenu quant aux modes d'exercice de l'activité professionnelle prohibée. Nous tenterons ensuite de rechercher quels sont les critères adoptés par les Tribunaux lorsqu'ils ont pour mission d'interpréter les termes de cette clause.

§ I. — RÉDACTION DES CLAUSES DE NON CONCURRENCE

188. L'étude de la rédaction des différentes clauses de non concurrence fait apparaître essentiellement trois catégories de clauses quant à la détermination des modes d'exercice de l'activité professionnelle interdite au débiteur de non concurrence.

a) *Interdiction d'un mode d'exercice déterminé.*

189. La clause de non concurrence peut prévoir qu'un seul mode d'exercice d'une activité professionnelle déterminée sera interdit au débiteur de non concurrence.

Il en est ainsi de la clause qui emporte « interdiction de s'établir comme gérant dans une maison vendant des produits similaires » (1) ou de celle par laquelle un représentant se voit interdire de « visiter la clientèle » de son ex-employeur (2) ou encore des clauses qui interdisaient à un salarié à l'expiration de son contrat de travail de « se mettre au service d'un des concurrents directs » de son employeur (3) ou « d'entrer dans une maison similaire » (4). De même, entre dans cette catégorie, la clause par laquelle un prospecteur observe « s'oblige à ne pas faire pendant cinq ans de prospection par méthode géophysique » (5).

b) *Interdiction de plusieurs modes d'exercice déterminés.*

190. Une deuxième catégorie de clauses interdit au débiteur plusieurs modes d'exercice déterminés d'une activité professionnelle. C'est le cas du médecin qui s'engage « à ne pas exercer la médecine d'une façon permanente ou accidentelle, soit directement, soit indirectement, pour son compte ou celui d'autrui... » (6) ou de l'ouvrière coiffeuse s'obligeant « à ne pas travailler comme coiffeuse pour dames, ouvrière coiffeuse, gérante ou directrice ou s'établir comme coiffeuse pour dame sous quelque forme que ce soit » (7) ou encore de l'employé d'une agence immobilière qui s'interdit « d'exercer la profession

(1) Paris, 3 juin 1922, *D.* 1923-2, 5.

(2) Trib. Civ. Cholet, 11 février 1953, *J.C.P.* 1953-IV, 159.

(3) Trib. Com. Seine, 26 novembre 1952, *J.C.P.* 1953-IV, 24.

(4) Paris, 17 novembre 1920, *G.P.* 1920-II, 581.

(5) Trib. G.I. Pontoise, 17 octobre 1962, *Inf. Chef. Entrepr.* 1963, p. 281.

(6) Art. 9 du contrat-type d'association proposé par l'Ordre national des médecins.

(7) Paris, 17 octobre 1960, *Inf. Chef. Entrepr.* 1960, p. 1086.

d'agent ou de courtier immobilier soit directement, soit par voie d'association ou d'emploi dans un autre cabinet immobilier » (1). C'est enfin le cas du vendeur d'un fonds de commerce s'obligeant à ne pas « se rétablir dans la profession de boulanger, pâtissier, grainetier, créer, gérer, exploiter ou favoriser même à titre d'associé commanditaire un fonds de commerce semblable ou similaire... » (2).

c) *Interdiction de plusieurs modes d'exercice déterminés et de s'intéresser directement ou indirectement.*

191. On rencontre enfin une troisième catégorie de clauses qui, tout en interdisant au débiteur plusieurs modes d'exercice d'une activité professionnelle, lui défendent en outre de s'y « intéresser directement ou indirectement ». Telle, la clause insérée dans un contrat de vente de fonds de commerce qui interdit au vendeur de « créer, exploiter ou faire valoir aucun fonds de commerce de même nature et de s'intéresser directement ou indirectement dans l'exploitation d'un semblable fonds... » (3) ou celle que l'on trouve dans un contrat de travail interdisant au salarié de « s'établir dans la même profession ou de louer ses services ou même de s'intéresser directement ou indirectement à une entreprise de même nature... » (4) ou enfin, la clause par laquelle un salarié « s'engage à ne s'intéresser ni directement ni indirectement, ni par personne interposée, ni comme gérant ou employé dans toute entreprise ayant le même objet » (5).

192. La simple lecture du texte des clauses que nous venons d'examiner démontre que celles-ci, dans leur grande majorité, déterminent une restriction de la liberté du travail — interdiction de s'embaucher — et de la liberté du commerce — interdiction de s'établir — et cela, tant dans les clauses insérées dans les contrats de travail que dans celles s'observant dans les ventes de fonds de commerce.

Dès lors, on comprend mal la dictinction soutenue par certains auteurs selon lesquels « il faut parler de clause de non rétablissement en droit commercial et de clause de non réembauchage en droit du travail » (6).

Ces auteurs fondent leur distinction sur une prétendue différence de contenu des clauses de non concurrence quant à la liberté qui y est en jeu.

Les clauses de non concurrence en matière de contrat de travail, soutiennent-ils, interdisent au salarié de se « réembaucher ». Elles déterminent donc une atteinte à la liberté du travail. Au contraire

(1) Soc. 20 janvier 1960, *Bull. Civ. IV*, n° 62, p. 50.

(2) Trib. Com. Caen, 14 octobre 1959, précité.

(3) Cass. Com. 9 janvier 1956, *G.P.* 1956-I, 201.

(4) Trib. Com. Seine, 26 décembre 1936, *D.H.* 1936, 143.

(5) Cass. Soc., 3 janvier 1964, *Inf. Chef. Entrep.* 1964, p. 221.

(6) G. LYON-CAEN, « Les clauses restrictives de la liberté du travail. Clauses de non concurrence ou de non réembauchage », *Droit Social*, 1963, p. 88, n° 1.

les clauses de non concurrence en matière de vente de fonds de commerce interdisent au vendeur de se « rétablir ». Elles portent donc atteinte à la liberté du commerce.

Or, il est évident que le critère choisi, la différence de contenu des diverses clauses de non concurrence quant à la liberté qui y est en cause, ne correspond nullement à la réalité. En effet, la majorité des clauses de non concurrence sont rédigées de telle façon qu'elles interdisent au débiteur — vendeur de fonds de commerce ou salarié — de s'établir et de s'embaucher, c'est-à-dire d'exercer une activité professionnelle déterminée, personnellement ou pour le compte d'autrui (1).

En outre l'interprétation des clauses de non concurrence par les Tribunaux vient singulièrement contredire cette distinction entre clause de non rétablissement et clause de non réembauchage. Les juges, en effet, interprètent généralement les clauses de non rétablissement comme interdisant au débiteur de s'embaucher et réciproquement, les clauses de non réembauchage comme emportant interdiction de s'établir (2).

Nous pensons donc qu'il faut rejeter une telle terminologie car elle peut être une source d'erreur, laissant penser qu'une différence fondamentale de contenu sépare les clauses de non concurrence en droit du travail et en droit commercial. Ce qui n'est nullement la réalité.

§ II. — INTERPRÉTATION DES CLAUSES DE NON CONCURRENCE PAR LES TRIBUNAUX

193. Les difficultés soulevées par l'application des clauses de non concurrence sont fréquentes (3). Il appartient alors au juge d'interpréter les termes employés par les contractants dans la rédaction de la clause.

L'étude des différentes décisions rendues en cette matière fait apparaître deux tendances d'inégale importance. L'une, minoritaire, consiste à interpréter restrictivement les termes de la clause. L'autre, majoritaire, tend, par delà les termes employés par les parties, à interpréter les clauses en fonction de leur objet, en considérant le but en vue duquel elles ont été stipulées.

(1) Voir *supra*, p. 170. Il faut remarquer dans ce cas que l'obligation de non concurrence détermine non seulement une relation directe de non concurrence entre le créancier et le débiteur de non concurrence mais aussi une restriction indirecte de la concurrence par rapport aux tiers concurrents du créancier de non concurrence qui ne pourront, pendant la durée de l'interdiction, employer dans la lutte concurrentielle les compétences du débiteur de non concurrence.

(2) Voir *infra*, p. 174 et s.

(3) La frontière est difficile à tracer entre les modes d'exercice permis et ceux qui sont prohibés au débiteur.

A. — INTERPRÉTATION RÉSTRICTIVE DES CLAUSES DE NON CONCURRENCE

194. Certaines décisions, appliquant le principe selon lequel les stipulations restrictives de la liberté du commerce doivent être entendues dans un sens étroit, interprètent d'une manière restrictive les clauses de non concurrence dont elles ont à apprécier la portée quant aux actes interdits au débiteur.

Les juges s'attachent, à cet effet, à l'analyse des termes employés par les parties dans la rédaction de la clause, en leur donnant leur sens le plus étroit.

Dans cet esprit, il a été jugé que l'employé qui s'engage à ne pas se mettre au service d'un concurrent, peut, sans violer la clause, créer ou exploiter pour son propre compte un commerce concurrent (1).

Autre exemple significatif est l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 3 juin 1922 (2). A la cessation de leur contrat de gérance les époux S. s'étaient interdits pendant deux années le droit de « s'établir comme gérant d'une maison vendant des produits similaires » à ceux de la maison qu'ils quittaient. Peu de temps après ils devenaient gérants d'une société coopérative ayant son siège dans le périmètre interdit et vendant des produits similaires. Le créancier de non concurrence ayant engagé une action contre les époux S. pour violation de leurs engagements, se vit débouté. « Considérant, jugea la Cour, que cette prohibition doit être entendue dans un sens restrictif, que la société coopérative civile de l'arrondissement de Vitry-le-François où sont entrés comme gérants les époux S., ne vend pas mais répartit entre ses adhérents seuls, ayant versé une cotisation de 30 Fr, les produits qu'elle achète » (3). Un arrêt de la Cour de cassation en date du 29 décembre 1909 (4) est encore plus symptomatique de l'esprit avec lequel certains juges interprètent les clauses de non concurrence. L'acte de vente d'un fonds de commerce contenait la clause de son concurrence suivante : « Les vendeurs s'interdisent formellement de monter toute maison similaire ou de s'intéresser directement ou indirectement dans toute maison similaire... en aucun cas et à aucune époque ils ne pourront vendre des articles à la clientèle de détail dans le rayon interdit soit comme patrons, associés, même commanditaires, soit comme voyageurs et employés ». L'un des vendeurs entre comme contremaître dans une maison similaire. Les juges ont estimé

(1) Aix, 6 juillet 1881, *Annales* 1882, 317.

(2) D. 1923-2, 5 ; S. 1922-2, 118.

(3) Paris, 3 juin 1922, précité. Dans le même sens, voir : Paris, 5 décembre 1952 (*Juris. Clas. Com.*, « Concurrence déloyale », Fasc. XXXVIII, n° 25). Le représentant d'une entreprise de vente d'aliments pour le bétail s'était interdit « de s'intéresser directement ou indirectement à une entreprise similaire ou susceptible de faire concurrence » à celle de son ancien employeur. Il devient par la suite directeur de la coopérative de ravitaillement des écuries de courses. La Cour a estimé qu'il n'avait pas ainsi violé son engagement, une coopérative ne pouvant « faire concurrence » à une entreprise commerciale.

(4) Cass. Civ., 29 décembre 1909, *G.P.* 1910-I, 130.

qu'il ne violait pas par là son engagement, la clause « ne pouvant s'appliquer aux contremaîtres et ouvriers de fabrique qui n'ont aucun rapport avec la clientèle ».

Cette interprétation méconnaît certainement l'intention des parties car, si effectivement la deuxième partie de la clause exclut les contacts avec la clientèle de détail, la généralité des termes qui précèdent laisse penser que l'acheteur entendait aussi se prémunir contre la concurrence indirecte que pouvait constituer la mise au service d'un concurrent des connaissances professionnelles du vendeur, comme contremaître notamment.

Il est évident que par une telle interprétation restrictive les Tribunaux entendent protéger la liberté du travail et du commerce dans la personne du débiteur de non concurrence. Mais ce louable souci lorsqu'il est poussé à l'extrême risque de déséquilibrer le contrat en ruinant les prétentions légitimes du créancier de non concurrence et peut même dans certains cas favoriser un comportement frauduleux de la part du débiteur de non concurrence.

Aussi est-il rare, aujourd'hui, de rencontrer en jurisprudence des interprétations purement restrictives (1).

B. — INTERPRÉTATION DES CLAUSES DE NON CONCURRENCE EN FONCTION DE LEUR OBJET.

195. Le plus souvent, les Tribunaux qui ont pour mission d'interpréter une clause de non concurrence ne le font pas dans un esprit purement restrictif. Au contraire, s'évadant d'une analyse littérale de la clause, ils interprètent celle-ci par référence à son objet, en recherchant quel est son but. Or, d'une manière générale, la clause a pour but d'interdire au débiteur de développer une concurrence susceptible de détourner, directement ou indirectement, la clientèle du poste professionnel du créancier de non concurrence.

L'interprétation de la clause conduira alors le juge à considérer, en s'appuyant sur la « commune intention des parties » ou sur le principe selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi, qu'un mode d'exercice de l'activité prohibée au débiteur lui est interdit, même s'il n'est pas désigné nommément dans la clause, dans la mesure où ce mode d'exercice est source d'une concurrence dirigée contre le créancier de non concurrence.

Ainsi, l'engagement pris par le vendeur d'un fonds de commerce de ne pas « créer ou exploiter » un fonds similaire est interprété comme lui interdisant de s'embaucher dans un tel fonds, dans la mesure où cette activité serait la source d'une concurrence directe ou indirecte dirigée vers l'acquéreur (2). En outre, il lui est interdit de garder des

(1) Voir cependant : Rennes, 3 décembre 1964, cassé par Cass. Soc., 19 décembre 1966, *D.* 1967, 199 ; Lyon, 21 décembre 1967, *D.S.* 1969, 25.

(2) Lyon, 10 janvier 1936, précité. Les juges ne font, dans cette hypothèse, qu'appliquer les solutions retenues pour l'obligation légale de non concurrence due par le vendeur d'un fonds de commerce lorsque les parties n'ont pas précisé le contenu de cette obligation dans une clause de non concurrence. Voir *supra* p. 166.

contacts avec ses anciens clients (1) ou ses anciens fournisseurs (2) ou encore d'effectuer une publicité pour une maison qui concurrence l'acquéreur du fonds (3).

Il a été jugé, d'autre part, que la clause par laquelle un médecin s'interdit de « créer une clinique chirurgicale ou de participer à la création d'une telle clinique » s'opposait à l'adjonction d'un service chirurgical à une clinique qui n'en possédait pas auparavant (4).

Les clauses de non concurrence insérées dans un contrat de travail donnent lieu à de fréquentes difficultés d'interprétation dont la principale consiste à savoir si, dans le silence de la clause, le salarié qui s'est interdit « d'entrer dans une maison similaire » ou « de se mettre au service d'un concurrent direct » peut, sans violer son engagement, exercer l'activité professionnelle interdite, pour son propre compte. Autrement dit, l'interdiction de « s'embaucher » dans une entreprise concurrente permet-elle ou non au débiteur de « s'établir », d'exploiter pour son compte personnel une entreprise concurrente?

L'immense majorité des décisions se prononce pour la négative, écartant ainsi le principe d'interprétation restrictive des clauses de non concurrence. En présence d'une clause de non concurrence interdisant au salarié de s'embaucher dans une entreprise concurrente, les Tribunaux interprètent cette clause comme lui interdisant également d'exercer l'activité prohibée pour son compte personnel (5).

Cette interprétation démontre que les juges ne s'attachent pas tant aux termes employés dans la rédaction des clauses qu'au but visé par les parties. Or, ce but est généralement d'assurer la neutralité du débiteur de non concurrence au regard de la clientèle du poste professionnel du créancier de non concurrence.

Cette neutralité n'est pas respectée si le débiteur exploite pour son propre compte une entreprise concurrente. Au contraire, remarque la Cour de Paris, « le commerce qu'il exerce lui-même est de nature à susciter à son ancien patron une concurrence encore plus préjudiciable que s'il était entré seulement dans une maison similaire » (6). Il est donc rationnel d'interpréter la clause de non « réembauchage »

(1) Nancy, 20 février 1959, *D.* 1959, 233 ; *R.T.D. Co.* 1959, p. 687, n° 5.

(2) Cass. Com., 9 janvier 1956, *G.P.* 1956-I, 201, *R.T.D. Co.* 1956, p. 444, n° 19.

(3) Cass. Com., 2 juillet 1963, *Bull. Civ.* III, n° 349, p. 295.

(4) Cass. Com., 13 février 1950, *Bull. Civ.* II, n° 39. Voir aussi, pour une interprétation du terme « créer » : Trib. Com. Seine, 14 juin 1954, *J.C.P.* 1954, éd. C.I., n° 54, 257.

(5) Voir Cass. Soc., 22 juin 1956, *S.* 1957-1, 20 ; Cass. Soc., 20 janvier 1960, *Bull. civ.* IV, n° 62, p. 50 ; Cass. Soc., 8 janvier 1965, *Bull. civ.* IV, n° 15, p. 11 ; Paris, 17 novembre 1920, *G.P.* 1920-II, 581 ; Trib. Com. Seine, 26 novembre 1952, *J.C.P.* 1953-IV, 24.

(6) Paris, 17 novembre 1920, précité. Dans le même sens, voir Trib. Civ. Cholet, 11 février 1953, *J.C.P.* 1953-IV, 159, *R.T.D. Co.* 1954, p. 351, n° 19. Un représentant s'était engagé « à ne pas visiter la clientèle » de son ancien employeur — le Tribunal, interprétant la clause, décide que cette interdiction emporte aussi celle, pour le représentant, de faire visiter la clientèle à son profit par un autre (*cf.* Soc., 22 juin 1956, *D.* 1957, Som. 20).

Voir aussi, comme exemple d'interprétation non restrictive, Req. 14 février 1939, *S.* 1939-1, 146. Un agent général d'assurance s'était interdit « de devenir agent

comme interdisant en outre à celui qui l'a souscrite d'exercer l'activité interdite en s'établissant à son propre compte (1).

Une dernière illustration de cette jurisprudence, non pas extensive mais rationnelle, nous est donnée par un arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation en date du 19 décembre 1966 (2).

Le contrat d'un représentant en radio électricité stipulait que lorsqu'il y serait mis fin, le représentant s'interdisait de « représenter ou de s'intéresser directement ou indirectement à une maison fabriquant ou vendant des articles concurrents de ceux vendus par M. M. »

Le contrat ayant pris fin, l'ex-représentant entrain en tant que vendeur dans les magasins d'une maison concurrente. L'action en violation de la clause intentée par le premier employeur fut déclarée mal fondée par les juges du fonds, au motif que l'ex-représentant n'avait été engagé par la société K. « qu'en qualité d'employé chargé seulement de se mettre à la disposition des clients venant spontanément dans le magasin de son nouvel employeur et qu'il était uniquement rémunéré par un salaire fixe » et qu'il ne pouvait donc « être considéré comme intéressé au sens strict du terme dans l'entreprise de la société K ».

Cette interprétation étroite du terme « intéresser » est repoussée par la Cour de Cassation qui déclare notamment « qu'en statuant ainsi, alors que la clause litigieuse avait manifestement pour objet d'interdire à L., pendant un temps et dans un secteur limités, de faire bénéficier de son activité une entreprise concurrente... les juges du fonds qui ont méconnu la commune intention des parties contractantes ont violé le texte susvisé ».

L'interprétation restrictive des clauses de non concurrence est, on le voit, abandonnée dans la majorité des hypothèses au profit d'une interprétation rationnelle qui prend pour critère le but assigné par les parties à la convention de non concurrence, but qui est généralement d'interdire au débiteur toute activité susceptible de détourner directement ou indirectement la clientèle du poste professionnel exploité par le créancier de non concurrence. Mais cette possibilité de détournement de clientèle doit être la limite au delà de laquelle, en l'absence de stipulation expresse, la liberté du débiteur de non concurrence doit être sauvegardée (3).

général ou d'accepter la représentation d'une autre Compagnie d'assurance ». Il devient directeur d'une autre Compagnie d'assurance. Il viole par là son engagement.

(1) Le droit italien admet une solution identique. M. GUGLIELMETTI (*op. cit.*, p. 272) écrit : « l'activité est interdite à l'employé qui a stipulé un pacte de non concurrence non seulement s'il entre au service d'une autre entreprise mais même s'il agit en personne ».

(2) D. 1967, 199.

(3) Fort logiquement, les Tribunaux se sont, dans leur ensemble, toujours refusé à interpréter les clauses de non concurrence insérées dans les contrats de vente de fonds de commerce comme interdisant au vendeur qui est en même temps propriétaire de l'immeuble où est exploité le fonds, de louer des locaux à un tiers pour l'exercice d'un commerce concurrençant celui de son acquéreur (Rouen, 21 février 1900, D. 1901-2, 154 ; Nancy, 13 novembre 1912, G.P. 1913-1, 35 ; Montpellier, 30 juin 1923, S. 1924-2, 7). Seule, la mention expresse dans la clause d'une telle interdiction pourra limiter la liberté du vendeur (Cass. Com., 9 décembre 1964, G.P. 1965-1, 125).

TITRE III

LA SANCTION DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE

196. La prestation due par le débiteur de non concurrence consiste en une inaction, une abstention. S'abstient-il? Il exécute sa prestation, il paie ; le créancier de non concurrence obtient satisfaction.

Agit-il dans le domaine qui lui est interdit? Il viole son obligation. L'acte positif ainsi accompli — création d'un commerce concurrent ou conclusion d'un contrat de travail dans une entreprise concurrente — réalise l'inexécution de la prestation de non concurrence (1).

Parfois, l'inexécution de la prestation de non concurrence va avoir une influence sur le contrat auquel se rattache l'obligation de non concurrence. Ce contrat pourra être modifié ou anéanti (2).

Le plus souvent, le contrat sera maintenu dans ses conditions primitives, mais le créancier de non concurrence insatisfait demandera aux Tribunaux qu'ils sanctionnent l'inexécution de la prestation de non concurrence (3).

(1) La preuve de la violation de l'obligation de non concurrence peut se faire par tous les moyens, notamment par témoins, puisqu'il s'agit d'un fait juridique (voir : Req. 4 juin 1940, *S.* 1940-1, 117) et cela, même si ce fait consiste dans la conclusion d'un acte juridique, d'un contrat de travail par exemple.

(2) Le juge pourra, selon les circonstances, prononcer la résolution de la vente du fonds de commerce (voir COHEN, *op. cit.*, T. II, n° 585, et la jurisprudence citée) ou la résiliation du contrat de travail (voir Cass. Soc., 17 avril 1958, *Droit Social* 1959, 77 ; Cass. Soc., 10 février 1965, *Bull. Civ.* IV, n° 118, p. 96). Pour la réduction du prix d'une vente de fonds de commerce, voir Paris, 15 juin 1933, *D.H.* 1933, 450.)

(3) S'il n'a pas lui-même exécuté ses obligations, le créancier de non concurrence peut opposer au débiteur défaillant l'exception d'inexécution. Notamment en matière de « cession de clientèle », le cessionnaire peut suspendre ses paiements, le cédant ne pouvant à la fois, transférer la clientèle et la retenir en accomplissant des actes de concurrence. Voir Nancy, 20 février 1959, *D.* 1959, 233, *R.T.D.* Co 1959, p. 687, n° 5.

si la violation de l'obligation de non concurrence a été accompagnée d'actes de concurrence déloyale, le Tribunal de Commerce étant également compétent pour connaître de l'action en concurrence déloyale.

II. — COMPÉTENCE DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE TANCE ET DES JURIDICTIONS PROFESSIONNELLES

199. Si le litige oppose deux non commerçants, action en violation d'une obligation de non concurrence en matière de cession de clientèle civile, ou si le défendeur n'a pas la qualité de commerçant, la compétence appartient alors, en règle générale, aux juridictions de droit commun.

Cependant, dans les litiges opposant les membres des professions libérales, les juridictions professionnelles seront appelées à statuer sur la violation de l'obligation de non concurrence (1).

III. — COMPÉTENCE DU CONSEIL DE PRUD'HOMMES CONFLITS DE COMPÉTENCE AVEC LA JURIDICTION COMMERCIALE

200. Les difficultés les plus importantes se rencontrent dans les litiges relatifs à l'obligation de non concurrence en matière de contrat de travail. Obligation de non concurrence due par le salarié pendant l'exécution du contrat de travail, ou celle résultant d'une clause de non concurrence restreignant la liberté de concurrence du salarié pour le temps qui suivra la rupture du contrat de travail.

a) *Action intentée par l'employeur contre le salarié pour violation de l'obligation de non concurrence pendant l'exécution du contrat de travail.*

201. Le salarié qui concurrence son employeur pendant la durée du contrat de travail viole ainsi l'obligation de non concurrence de plein droit qui pèse sur lui. Seule la juridiction prud'homale est compétente pour connaître de cette action (2).

b) *Action intentée par l'employeur contre son ancien salarié pour violation de l'obligation de non concurrence résultant d'une clause de non concurrence.*

202. La compétence du Conseil de prud'hommes est certaine. Contestée à une certaine époque au motif que le contrat de travail n'existe plus entre les parties (3), nul ne songe aujourd'hui à la discuter.

(1) Notamment le Conseil de l'Ordre pour les litiges relatifs à l'obligation de non concurrence entre médecins. Voir Trib. Civ. Foix, 31 mars 1948, *J.C.P.* 1948-II, 4419 ; Conseil d'État, 9 février 1966, *J.C.P.* 1966-II, 14, 623.

(2) Voir art. 1^{er}, L. IV, *Code du Travail*.

(3) Trib. Com. Seine, 9 mars 1910, *S.* 1910-II, 261.

- c) *Action intentée par l'employeur contre son ancien salarié pour violation de l'obligation de non concurrence résultant d'une clause de non concurrence et pour des actes de concurrence déloyale.*

203. On pourrait soutenir, en présence à la fois d'une concurrence anticontractuelle et d'une concurrence déloyale, que l'employeur dispose de deux actions qu'il peut cumuler. Une action sanctionnant la concurrence déloyale fondée sur l'article 1382 du Code civil et devant être portée devant le Tribunal de commerce. Une action sanctionnant la concurrence anticontractuelle relevant du Conseil de prud'hommes.

Cette solution n'est cependant pas retenue. Le Conseil de prud'hommes étant déclaré seul compétent même si la violation de la clause de non concurrence se double d'actes de concurrence déloyale. Il y a blocage au profit de l'action en responsabilité contractuelle pour violation de l'obligation de non concurrence (1).

- d) *Action intentée par l'employeur contre son ancien salarié pour violation de l'obligation de non concurrence pendant l'exécution du contrat de travail et pour des actes de concurrence déloyale postérieurs à la rupture du contrat de travail.*

204. Cette situation, assez voisine de la précédente, reçoit cependant une solution différente.

Il faut supposer un ancien salarié qui n'a pas souscrit de clause de non concurrence qui limiterait sa liberté pour le temps qui suit la rupture du contrat de travail.

L'employeur reproche à son ancien salarié une action de concurrence qui se décompose de la manière suivante :

- le salarié a commis des actes préparatoires de concurrence pendant le contrat de travail.
- après l'expiration du contrat de travail il se rend coupable d'actes de concurrence déloyale.

Quelle est la juridiction compétente? La juridiction commerciale ou la juridiction prud'homale?

Les actes préparatoires de concurrence pendant le contrat de travail constituent une violation de l'obligation de non concurrence du salarié qui échappe au domaine de la concurrence déloyale. On est sur le plan du contrat de travail et la faute commise par le salarié doit être sanctionnée par le Conseil de prud'hommes.

Mais, d'un autre côté, les actes de concurrence déloyale — suite de l'action entreprise pendant l'exécution du contrat de travail — échappent à la compétence prud'homale et sont du ressort du Tribunal de commerce.

Plusieurs décisions de la Cour de cassation ont tranché ce conflit de compétence au profit de la juridiction commerciale, réalisant ainsi

(1) Voir Paris, 1^{er} juillet 1963, *J.C.P.* 1964-I, 13, 548, obs. BIZIÈRE (motifs).

un blocage de la violation de l'obligation de non concurrence avec la concurrence déloyale (1).

Commentant ces décisions, M. le Conseiller Bizière remarque qu'« il n'est pas expliqué pourquoi la faute lourde inhérente à l'obligation de ne pas faire concurrence, disparaisse devant la concurrence déloyale » (2).

Pour l'auteur, le critère selon lequel devrait être tranché ce conflit de compétence résiderait dans la distinction suivante : « La juridiction prud'homale devrait être compétente pour le tout lorsqu'un salarié ou un groupe de salariés crée, pendant l'exécution même du contrat, une entreprise concurrente ; il y a là une violation de ne pas faire concurrence qui se poursuit dans le temps. Par contre, nous serions partisan de la compétence de la juridiction commerciale lorsque les salariés se mettent en liaison avec une entreprise concurrente distincte et en état de fonctionner. Il faut avant tout considérer l'activité de cette entreprise concurrente ; l'utilisation par celle-ci des salariés d'une autre entreprise ne constitue qu'un épisode de l'opération déclenchée de concurrence déloyale » (3).

On peut conclure avec M. le Conseiller Bizière en souhaitant, quelle que soit la solution adoptée, qu'il n'y ait pas une décomposition de telles affaires entre la juridiction commerciale et la juridiction prud'homale « car il existe en quelque sorte, une indivisibilité quasi absolue ». Il est cependant à craindre que le souci de maintenir cette indivisibilité se heurte à de nombreuses difficultés de compétence.

e) *Action intentée par le créancier de non concurrence contre le tiers complice de la violation de l'obligation de non concurrence.*

205. La mise en œuvre de la responsabilité du tiers complice de la violation de l'obligation de non concurrence peut soulever des difficultés de compétence. L'exemple est fréquent : Un ancien salarié débiteur d'une clause de non concurrence, viole celle-ci en entrant au service d'une entreprise concurrente. Le créancier de non concurrence dispose de deux actions. L'une basée sur la faute contractuelle du débiteur de non concurrence (4) ; l'autre sur la faute délictuelle du nouvel employeur (5).

(1) Cass. Com., 16 octobre 1957, *Bull. Civ. III*, n° 264, p. 224 ; Cass. Com., 8 janvier 1958, *Bull. Civ. III*, n° 14, p. 12 ; Cass. Com., 16 mai 1961, *Bull. Civ. III*, n° 213, p. 185. *Contra* : Cass. Soc., 17 avril 1958, *Bull. Civ. IV*, n° 495, p. 365.

(2) *Inf. Chef. Entrep.* 1965, p. 4 et s., « Concurrence déloyale et droit du travail ».

(3) BIZIÈRE, *op. cit.*, p. 11.

(4) Certains auteurs analysent la responsabilité du débiteur dans ce cas, comme étant de nature délictuelle. Voir P. HUGUENY, *op. cit.*, p. 199 et s. ; LALOU, « 1382 contre 1165 ou la responsabilité contractuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard des tiers », *D.H.* 1928, chr., p. 69 et s.

Pour une solution contraire et la critique, voir H. et L. MAZEAUD — A. TUNC *op. cit.*, n° 144.

(5) Dans la mesure où ce dernier avait connaissance de l'interdiction de concurrence qui frappait le débiteur. Voir *infra*, p. 191.

Peut-il, en assignant son ancien employé, débiteur de non concurrence, devant le Conseil de prud'hommes, englober dans le litige prud'homal le nouvel employeur complice de la violation de l'obligation de non concurrence en invoquant la solidarité ou l'indivisibilité? La Cour de cassation ne l'admet pas. Par un arrêt en date du 6 février 1964 la Chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que « la juridiction prud'homale se déclare à bon droit incompétente pour connaître de l'action en réparation d'actes de concurrence déloyale introduite par l'ancien employeur du salarié contre le nouveau, dès lors qu'aucun lien de travail n'a existé entre ces deux employeurs successifs » (1).

La compétence appartient alors, en principe, au Tribunal de Commerce.

(1) Cass. Soc., 6 février 1964, *Bull. civ.* IV, n° 111, p. 89. Voir aussi : Paris, 23 octobre 1958, *J.C.P.*, 1958-II, 10, 883.

CHAPITRE II

LA TECHNIQUE SANCTIONNATRICE DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE

206. Aux termes de l'article 1142 du Code civil, en cas d'inexécution de la part du débiteur, « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts ».

Comme toute obligation de ne pas faire, l'obligation de non concurrence paraît devoir être soumise au principe selon lequel le débiteur d'une telle obligation ne peut être contraint à l'exécution forcée en nature, seule une exécution par équivalent étant possible.

Nous verrons que cette affirmation est excessive et qu'à côté de l'exécution par équivalent de l'obligation de non concurrence, l'exécution en nature de cette même obligation peut souvent être obtenue.

— SECTION I — *L'exécution par équivalent de l'obligation de non concurrence.*

— SECTION II — *L'exécution en nature de l'obligation de non concurrence.*

Section I. — **Exécution par équivalent de l'obligation de non concurrence.**

207. Le débiteur de non concurrence qui a contrevenu à son obligation peut, conformément au droit commun, être actionné par le créancier de non concurrence en dommages-intérêts. La nature de l'obligation de non concurrence a pour conséquence de rendre ces dommages-intérêts exigibles du seul fait de la contravention, sans qu'il soit nécessaire, au préalable, de mettre le débiteur en demeure (1).

(1) Voir art. 1145, *Code Civil*.

Cette forme d'exécution par équivalent est de principe en matière d'obligation de ne pas faire. Au lieu d'une satisfaction directe, le créancier de non concurrence n'obtiendra qu'une satisfaction indirecte : une somme d'argent à la place de l'abstention qui lui est due (1). Cette indemnité pécuniaire constitue l'objet de l'obligation de réparation dont l'étude sera effectuée dans un paragraphe premier. Nous étudierons ensuite dans un paragraphe second quels sont les sujets de cette obligation de réparation.

§ I. — L'OBJET DE L'OBLIGATION DE RÉPARATION

208. L'obligation de ne pas faire dont est tenu le débiteur de non concurrence se résout, en cas d'inexécution, en dommages-intérêts. Le créancier de non concurrence recevant une indemnité pécuniaire il importe de savoir comment sera déterminé le montant de cette somme.

L'évaluation des dommages-intérêts est en règle générale effectuée par le juge. Mais, dans notre matière, la relation directe qui existe entre l'obligation de non concurrence et la valeur d'une clientèle rend particulièrement délicate l'évaluation du préjudice subi par le créancier de non concurrence. Aussi les parties procéderont-elles souvent à une évaluation préalable et forfaitaire des dommages-intérêts qui seront dus par le débiteur de non concurrence au cas d'inexécution, en insérant dans le contrat une clause pénale.

A — ÉVALUATION JUDICIAIRE DES DOMMAGES-INTÉRÊTS.

209. Le préjudice subi par l'acquéreur d'un fonds de commerce du fait de la concurrence du vendeur ou celui qui résulte pour l'employeur de la concurrence de son ancien employé débiteur de non concurrence, est difficile à évaluer.

La justification de l'indemnité à laquelle le créancier de non concurrence prétend, et sa fixation par le juge, sont en ce domaine malaisées, car il s'agit, en définitive, pour le premier de prouver l'influence de l'inexécution de la prestation de non concurrence sur les relations d'affaires attachées à son activité professionnelle et pour le second de chiffrer ce préjudice dont les limites sont floues.

Conformément au droit commun, les dommages-intérêts alloués au créancier de non concurrence doivent comprendre la perte subie et le gain dont il a été privé (2). C'est dire, dans notre matière, que le juge doit chiffrer d'une part, le préjudice résultant du détournement,

(1) Voir Req. 17 octobre 1928, *D.H.* 1928, 510, *S.* 1929-1, 53, *G.P.* 1928-II, 56 ; Cass. Soc., 20 janvier 1960, *Bull. Civ.* IV, n° 62, p. 50 ; Cass. Com., 5 juillet 1965, *Bull. Civ.* III, n° 420, p. 383 ; Cass. Com., 12 juillet 1967, *Bull. Civ.* III, p. 282, n° 293 ; Angers, 28 décembre 1848, *D.P.* 1850-2, 193 ; Dijon, 10 février 1954, *G.P.* 1954-I, 346 ; Trib. G.I. Pontoise, 17 octobre 1962, *Inf. Chef. Entrep.* 1963, p. 281.

(2) Article 1149, *Code civil*.

du fait de l'activité concurrentielle du débiteur de non concurrence, des relations d'affaires attachées au poste professionnel du créancier de non concurrence (perte subie), et d'autre part, le préjudice occasionné par l'attraction, du fait de l'activité du débiteur de non concurrence, de relations d'affaires extérieures au poste professionnel du créancier de non concurrence, mais dont celui-ci aurait pu bénéficier (manque à gagner) (1). Le mode de calcul des dommages-intérêts consiste alors à prendre pour référence le chiffre d'affaires réalisé par le débiteur de non concurrence dans l'exercice de l'activité qui lui est interdite (2).

Dans ce calcul le juge doit retenir le chiffre d'affaires global réalisé par le débiteur de non concurrence dans l'exercice de l'activité qui lui est interdite (3). La Cour de cassation refuse aux juges du fonds le pouvoir d'opérer une ventilation entre les clients « détournés » et les autres, « aucune distinction ne pouvant être faite, déclare la Cour, entre les affaires conclues avec les clients détournés et celles passées avec des clients nouveaux dont la clientèle aurait pu bénéficier au fonds cédé... » (4).

A défaut d'un préjudice matériel prouvé, les Tribunaux allouent parfois au créancier de non concurrence des dommages-intérêts, qu'ils apprécient souverainement, en réparation du préjudice moral résultant de la violation de l'obligation de non concurrence par le débiteur (5). C'est là, assurément, la sanction du manquement à la parole donnée.

B — ÉVALUATION CONVENTIONNELLE DES DOMMAGES-INTÉRÊTS.

210. Les parties peuvent fixer à l'avance, au moyen d'une clause pénale, l'indemnité que devra payer le débiteur de non concurrence s'il n'exécute pas sa prestation. Le débiteur s'engage par exemple à ne pas concurrencer le créancier « à peine d'une indemnité fixée forfaitairement à titre de clause pénale d'accord entre les parties à 500 000 francs (anciens) à la Société Joray pour chacune des infrac-

(1) Voir Cass. Soc., 20 janvier 1960, *Bull. Civ.* IV, n° 62, p. 50.

(2) Cela est relativement facile dans l'hypothèse où le débiteur de non concurrence exerce une activité indépendante, la difficulté est plus grande lorsqu'il exerce la concurrence interdite à travers une entreprise préexistante dans laquelle il devient salarié, gérant ou associé.

(3) Dans la mesure où la totalité de l'activité se développe dans le secteur géographique interdit au débiteur. Si au contraire son activité ne s'exerce qu'en partie dans la zone prohibée, seules les affaires réalisées dans ladite zone seront prises en considération. Voir Trib. Com. Caen, 14 octobre 1959, *Jur. Clas. Com.*, « Fonds de Commerce », Fasc. X, n° 324, pour une succursale.

(4) Cass. Civ., 17 décembre 1912, *S.* 1913-1, 91. Cette position de la Cour de cassation va dans le sens de la thèse que nous soutenons lorsque nous définissons la clientèle comme « les relations d'affaires qui existent et seront susceptibles d'exister... ». Voir *supra*, p. 101 et s.

(5) Dijon, 10 février 1954, *G.P.* 1954-I, 346 ; Trib. Com. Caen, 14 octobre 1959, précité.

tions qui viendraient à être constatées pendant la durée de l'interdiction » (1).

A côté de ces clauses pénales simples, apparaissent aujourd'hui des clauses pénales complexes qui prévoient, outre une indemnité forfaitaire, une astreinte. « En cas de contravention aux dispositions relatives à l'interdiction de concurrence, le vendeur (ou le gérant) sera redevable envers la société d'une indemnité forfaitaire de 1 000 NF par infraction et d'une astreinte de 30 NF par jour à compter de son entrée en fonction chez le concurrent » (2).

Les clauses pénales sont fréquentes en notre matière, spécialement dans les conventions de non concurrence conclues entre employeurs et salariés (3). Elles présentent en effet, outre la dispense de démontrer le préjudice au cas d'inexécution (4), l'avantage, pour le créancier de non concurrence, de constituer un moyen indirect de faire assurer le respect de l'engagement de non concurrence, soit que la pénalité prévue soit élevée, soit que la clause comporte une astreinte par jour passé au service de la concurrence.

Nous examinerons successivement, au cas d'inexécution de la prestation de non concurrence, quels sont les effets de la clause pénale entre les parties et vis-à-vis du juge.

a) *Effets de la clause pénale entre les parties.*

211. L'inexécution de la prestation de non concurrence par le débiteur le rend redevable de la somme fixée à la convention sans que le créancier ait à prouver l'existence d'un dommage et quelle que soit l'importance réelle du préjudice (5).

(1) Clause dite « des coiffeurs ». Paris, 14 octobre 1960, cité par P. BIZIÈRE, « Les clauses de non concurrence et le contrat de travail », *Inf. Chef. Entrep.* 1960, p. 1087. Voir aussi : Alger, 5 août 1959, *Rev. Jur. Com.* 1960, n° 398, p. 136, où le débiteur s'était engagé au cas d'inexécution à payer une indemnité équivalant aux sommes perçues pendant les douze derniers mois ayant précédé son départ ; cette indemnité ne pouvant être inférieure à un million de francs.

(2) Paris, 6 octobre 1960, Cité par P. BIZIÈRE, *op. cit.*, p. 1087.

(3) Pour des exemples, voir Cass. Civ., 19 décembre 1860, *D.P.* 1861-1, 115 ; Req. 20 février 1865, *D.P.* 1865-1, 425 ; Cass. Soc., 9 janvier 1963, *Inf. Chef. Entrep.* 1963, p. 280 ; Paris, 3 juin 1922, *D.* 1923-2, 5, *S.* 1922-2, 118 ; Trib. Com. Alger, 5 août 1959, précité.

Voir aussi art. 10 de la C.C.N. de Travail de la coiffure et des professions connexes du 3 août 1960 : « Le personnel qui contreviendra à cette clause sera redevable à l'égard de l'établissement qu'il a quitté d'une indemnité fixée forfaitairement au salaire global et réel des douze derniers mois passés dans l'établissement indépendamment de toute autre poursuite judiciaire ».

(4) Alors que le préjudice est généralement admis par le juge du seul fait du rétablissement dans les cessions de poste professionnel, en matière de contrat de travail la nécessité demeure pour le créancier de non concurrence de prouver l'existence d'un dommage du fait de l'inexécution de la prestation de non concurrence due par le salarié. Voir Req. 25 mai 1936, *G.P.* 1936-II, 309.

(5) Voir art. 1152 *Code civil*. En outre, cette somme sera augmentée des intérêts légaux calculés à partir du jour de la demande en justice, alors que dans l'hypothèse où les dommages-intérêts sont fixés par le juge, les intérêts sont fixés non

Cette pénalité est due sans qu'il soit besoin de mettre le débiteur en demeure, en application de l'article 1145 du Code civil. On peut cependant se demander si la règle de l'article 1145 Code civil est applicable en matière de clause pénale, l'article 1228 de ce même code employant l'expression « le débiteur qui est en demeure » pour désigner le débiteur d'une clause pénale. Devant cette contradiction la jurisprudence et la doctrine interprètent l'art. 1228 Code civil comme ne s'appliquant qu'aux obligations de faire. Les obligations de ne pas faire, même assorties d'une clause pénale, n'étant pas soumises à la nécessité de la mise en demeure.

b) Effets de la clause pénale vis-à-vis du juge.

212. Les clauses pénales et les astreintes s'imposent au juge qui ne peut en modifier le chiffre (1). Au cas d'inexécution constatée de la prestation de non concurrence, il ne peut allouer au créancier « une somme plus forte, ni moindre » (2).

Cette intangibilité est incommode, notamment en droit du travail ou l'adjonction à une clause de non concurrence d'une clause pénale draconienne risque d'avoir pour effet de rendre l'engagement du salarié perpétuel, cela en opposition avec l'article 1780 du Code civil (3). Aussi les Tribunaux se sont-ils efforcés de découvrir les arguments juridiques susceptibles de leur permettre de réduire l'indemnité prévue par les parties.

Deux textes sont invoqués à cet effet. L'un de portée générale : l'article 1231 du Code civil, l'autre limité au contrat de travail : l'article 22 b L. I. du Code du travail.

1) — L'article 1231 du Code civil.

213. Tout en respectant l'article 1134 du Code civil, le juge peut prétendre, pour réduire la peine prévue, se placer sur le terrain de l'article 1231 de ce même Code, lequel dispose que « la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie ».

Le débiteur de non concurrence ayant exécuté partiellement sa prestation ne serait tenu que d'une fraction de la pénalité prévue. Mais peut-on soutenir que l'obligation de non concurrence soit susceptible d'exécution partielle? Peut-on voir, dans le fait pour un débiteur de non concurrence qui s'est engagé à ne pas exercer une activité déterminée pendant un délai d'un an et qui exerce cette activité le

au jour de la demande, mais à compter de celui de la décision. Voir Cass. Com., 12 juillet 1967, *Bull. Civ.* III, p. 282, n° 293.

(1) Cass. Soc., 19 octobre 1960, *J.C.P.* 1961-II, 11939 ; Aix, 13 février 1933, *D.H.* 1934.

(2) Art. 1152, *Code civil*.

(3) Voir G. LYON-CAEN, *op. cit.*, n° 44. L'auteur fait état du droit hollandais, lequel permet au juge de réduire la pénalité prévue, s'il l'estime excessive.

quatrième mois de ce délai une exécution partielle du tiers de sa prestation?

Exécution partielle qui permettrait au juge de réduire d'autant le montant de la clause pénale. Il semble difficile de le prétendre. On ne peut considérer chaque jour de l'interdiction comme un paiement partiel. L'obligation de non concurrence ne paraît pas susceptible d'exécution partielle. D'ailleurs, à lire l'article 1145 Code civil, celui-ci ne réglemente pas l'exécution ou l'inexécution partielle, mais vise le seul fait de la contravention.

L'argument de texte invoqué est critiquable. L'article 1231 du Code civil a été écrit pour les obligations de faire, non pour les obligations de ne pas faire.

2) — *L'article 22 b L. I du Code du travail.*

214. Le souci de protéger le salarié, débiteur de non concurrence, contre les clauses pénales excessives, a amené les juridictions du fond à découvrir une argumentation spécifique au droit du travail. Celle-ci consiste à annuler lesdites clauses en les assimilant à des amendes inscrites au règlement intérieur (1). Nullité résultant de l'article 22 b L. I du Code du travail, lequel dispose qu'« il est interdit à tout employeur de sanctionner par des amendes les manquements aux prescriptions d'un règlement intérieur ». La nullité de la clause pénale une fois prononcée, aucun obstacle n'empêche le juge d'apprécier l'importance de l'indemnité qu'il convient d'allouer à l'employeur créancier de non concurrence ; dommages-intérêts qui devront être proportionnels au dommage réellement subi par ce dernier du fait de l'inexécution de la prestation de non concurrence du salarié.

Pour séduisante qu'elle soit, cette argumentation risque cependant de se voir censurée par la Cour de cassation. N'est-ce pas en effet forcer la notion « d'amende inscrite au règlement intérieur » que d'y inclure la clause pénale figurant dans l'engagement de non concurrence accessoire au contrat de travail du salarié?

§ II. — LES SUJETS DE L'OBLIGATION DE RÉPARATION

215. Si la détermination du sujet actif de l'obligation de réparation ne présente pas de difficulté, celui-ci s'identifiant au créancier de non concurrence, la détermination du sujet passif n'aboutit pas toujours nécessairement au seul débiteur de non concurrence. Lorsqu'on recherche qui est frappé par la sanction de l'obligation de non concurrence, on trouve fréquemment, à côté du débiteur de non concurrence, un tiers complice de la violation de l'obligation de non concurrence.

En effet, très souvent en pratique, le débiteur de non concurrence viole son obligation en passant un contrat avec un tiers, employeur

(1) Voir Colmar, 11 juin 1964, *J.C.P.* 1965-II, 14. 267, *Droit Social* 1965, 459, Note G. LYON-CAEN.

ou associé, ou encore en exerçant l'activité interdite par l'intermédiaire d'un prête-nom.

Ainsi, il est fréquent que le salarié qui s'est engagé à ne pas concurrencer son ancien employeur, viole son obligation de non concurrence en se réembauchant dans une entreprise concurrente. De même, le vendeur d'un fonds de commerce cherchera-t-il souvent à éluder l'obligation de non concurrence qui pèse sur lui en exerçant le commerce prohibé par l'intermédiaire d'un prête-nom.

L'intervention d'un tiers sera donc souvent nécessaire pour que le débiteur viole son obligation. La question se pose alors de savoir si la responsabilité du tiers complice de l'inexécution de l'obligation de non concurrence peut être engagée vis-à-vis du créancier de non concurrence (1).

216. Une évolution, commencée à partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle^e, devait aboutir, au début de notre siècle, à l'admission, par la jurisprudence, du principe de la responsabilité du tiers complice de l'inexécution de la prestation de non concurrence (2).

Le 8 novembre 1904 la Cour de cassation rendait un arrêt de principe en la matière en jugeant que, « commettait une faute de nature à engager sa responsabilité, le commerçant qui, connaissant l'interdiction conventionnelle qui lie un individu vis-à-vis de son ancien associé, son concurrent, associe néanmoins cet individu à son commerce, aidant ainsi celui-ci à violer les engagements qu'il a pris (3). »

La responsabilité du tiers complice de la violation de l'obligation de non concurrence allait désormais être sanctionnée d'une manière constante par la jurisprudence (4), notamment, la responsabilité de l'employeur, concurrent du créancier de non concurrence, qui aide le débiteur de non concurrence à violer son obligation en l'engageant à son service (5).

(1) Sur la responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat, voir P. HUGUENY, « *La responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle* », Thèse, Dijon 1910 ; H. et L. MAZEAUD et TUNC, « *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* », 6^e édition, T. I, n° 144.

(2) Pour l'évolution de la jurisprudence au cours du XIX^e siècle, voir P. HUGUENY, *op. cit.*, p. 122 et s.

(3) Req. 8 novembre 1904, G.P. 1904-II, 605 ; D.P. 1906-1, 480 ; S. 1910-1, 119.

(4) Voir Req. 17 juin 1927, G.P. 1927-II, 431 ; Cass. Soc., 8 juillet 1960, *Droit Social*, 1960, 554 ; Cass. Com., 2 juillet 1963, *Bull. Civ. III*, n° 349, p. 295 ; Cass. Soc., 5 janvier 1967, *Bull. Civ. IV*, n° 5, p. 4 ; Paris, 1^{er} mars 1906, D.P. 1906-2, 286 ; Paris, 13 juin 1912, *Annales* 1913-2, 9 ; Paris, 18 mars 1936, D.H. 1936, Som. 6 ; Dijon, 10 février 1954, G.P. 1954-I, 346 ; Paris, 24 novembre 1956, *Annales* 1958, 70 ; Trib. Com. Marseille, 29 décembre 1924, *Annales* 1927, 390 ; Trib. Com. Seine, 10 mai 1957, R.T.D. Co. 1958, 345, n° 13 ; Trib. Com. Alger, 5 août 1959, *Rev. Juris. Com.* 1960, 136, n° 398.

(5) Cf. art. 23 a L. I Code du travail en matière de débauchage : « Lorsqu'un salarié, ayant rompu abusivement un contrat de travail, engage à nouveau ses services, le nouvel employeur est solidairement responsable du dommage causé à l'employeur précédent... »

Le fondement de cette responsabilité est trouvé dans l'article 1382 du Code civil ; la faute du tiers complice de la violation de l'obligation de non concurrence est de nature délictuelle (1). Le créancier de non concurrence dispose d'une double action. L'une de nature contractuelle contre le débiteur de non concurrence, l'autre de nature délictuelle contre le tiers qui a aidé le débiteur à violer son obligation.

Nous examinerons successivement les conditions de mise en jeu de la responsabilité du tiers complice de la violation de l'obligation de non concurrence et ses effets.

A — CONDITIONS DE MISE EN JEU DE LA RESPONSABILITÉ DU TIERS COMPLICE DE L'INEXÉCUTION DE LA PRESTATION DE NON CONCURRENCE.

217. Pour que la responsabilité du tiers complice puisse être engagée, il est évidemment nécessaire que l'acte accompli avec son aide constitue une violation de l'obligation de non concurrence. Cette première condition se confond, en réalité, avec la détermination du contenu de la prestation due par le débiteur de non concurrence (2); le tiers ne peut être responsable que dans la mesure où l'activité à laquelle il participe engage la responsabilité du débiteur.

Outre cette première condition, la mise en jeu de la responsabilité du tiers complice de la violation de l'obligation de non concurrence suppose qu'il ait connaissance de l'existence de l'obligation qui pèse sur le débiteur de non concurrence. Cette connaissance est en effet nécessaire pour qu'une faute puisse être reprochée au tiers et qu'en conséquence sa responsabilité soit engagée, sans qu'il puisse se retrancher derrière sa bonne foi. Deux questions ont été soulevées en jurisprudence à propos de l'application de cette condition. La première, consiste à définir la notion de mauvaise foi du tiers complice ; la seconde, à rechercher l'époque où cette mauvaise foi doit être prise en considération.

218. a) Les Tribunaux ont été tout d'abord amenés à préciser si la responsabilité du tiers complice était engagée du seul fait de sa connaissance de l'obligation du débiteur ou s'il était nécessaire qu'il intervienne d'une manière déterminante dans la violation de l'obligation, c'est-à-dire incite ou provoque cette inexécution.

Après quelques hésitations (3), la jurisprudence est aujourd'hui

(1) Il ne peut s'agir, en effet, d'une responsabilité contractuelle, aucun contrat ne liant le créancier de non concurrence au tiers complice de la violation de l'obligation.

Voir Req. 8 novembre 1904, précité, qui repousse l'argument tiré de l'article 1165 *Code civil* et invoqué par le tiers : « l'objection manque en fait, déclare la Cour, la faute reprochée à B. (tiers) n'étant point contractuelle mais constituant un quasi-délit ».

(2) Voir *supra*, p. 153 et s.

(3) Voir Paris, 28 décembre 1905, cité par P. HUGUENY, *op. cit.*, p. 127.

fixée en ce sens que le tiers engage sa responsabilité, non seulement s'il incite le débiteur de non concurrence à violer son obligation, mais encore du seul fait qu'il est de mauvaise foi : c'est-à-dire qu'il a connaissance de l'existence de l'obligation qui pèse sur le débiteur de non concurrence (1). Il suffit que le tiers ait été « averti » (2), qu'il ait agi en « connaissance de cause » (3).

Cette « connaissance » par le tiers de l'existence de l'interdiction de concurrence qui frappe le débiteur est parfois présumée par les Tribunaux. Ceux-ci, en appréciant souverainement les faits, peuvent en déduire que le tiers a eu connaissance de l'obligation du débiteur. Le tiers « était suffisamment au courant de la situation, décide la Cour de Paris, pour n'avoir pu, de bonne foi, croire que la vente faite à M. et R. laissait à B. le droit de lui apporter sa collaboration » (4).

Le plus souvent, l'obligation du débiteur de non concurrence est portée à la connaissance du tiers par le créancier de non concurrence lui-même qui lui notifie la clause de non concurrence (5) ou encore, le met en demeure de rompre le contrat qui le lie au débiteur de non concurrence (6).

Il faut enfin remarquer, qu'en matière de contrat de travail une décision récente de la Cour de cassation (7) autorise désormais l'employeur, créancier de non concurrence, à insérer le texte de la clause

(1) Voir les décisions citées p. 190, note 4. Dans l'hypothèse où le tiers complice est un employeur il est à noter que cette jurisprudence ne fait que reprendre les solutions admises par la loi dans l'art. 23 a L. I du *Code du travail*, concernant le débauchage. En effet, dans ce cas, l'employeur est déclaré responsable par la loi « 1°) Quand il est démontré qu'il est intervenu dans le débauchage », c'est-à-dire lorsqu'il l'a provoqué en incitant le salarié à quitter son précédent employeur et d'autre part lorsqu'il « sait » ou qu'il « apprend » que le salarié qu'il embauche ou qu'il a embauché était encore lié à un précédent employeur par un contrat de travail (Voir 2° et 3° de l'art. 23 a L. I *Code du travail*) ; c'est-à-dire lorsqu'il en a « connaissance ».

(2) Trib. Com. Seine, 10 mai 1957, précité.

(3) Req. 8 novembre 1904, précité.

(4) Paris, 1^{er} mars 1906, précité. Voir aussi Cass. Soc., 5 janvier 1967, précité. Dans cette dernière décision, la Chambre Sociale de la Cour de cassation refuse au tiers complice la possibilité de se retrancher derrière la mention « libre de tout engagement » apposée sur le certificat de travail par l'ancien employeur, créancier de non concurrence ; certificat remis au salarié, débiteur de non concurrence, lors de la rupture du contrat de travail. Le nouvel employeur, actionné en responsabilité, prétendait « qu'en apposant ainsi cette mention sur le certificat le précédent employeur avait formellement et définitivement renoncé au bénéfice de la clause litigieuse ». La Cour de cassation rejette cette prétention en observant que « la Cour d'appel usant de son pouvoir souverain d'appréciation a pu estimer sans violer aucun texte, que la Société E.P.N. n'ignorait pas l'existence de la clause de non concurrence que P. était tenu d'observer pendant 6 ans ; qu'elle ne pouvait donc être admise à se retrancher derrière la mention « Libre de tout engagement » portée sur le certificat de travail... ». Cf. : Cass. Com., 19 juin 1957, *Bull. Civ. III*, n° 202, p. 170 ; Cass. Soc., 24 octobre 1960, *Bull. Civ. IV*, n° 928, p. 711 ; *G.P.* 1961-I, 19.

(5) Trib. Com. Alger, 5 août 1959, précité.

(6) Cass. Soc., 8 juillet 1960, précité.

(7) Cass. Soc., 3 janvier 1964, *J.C.P.* 1964-II, 13. 551, Observations R. LINDON.

de non concurrence dans le certificat de travail qu'il délivre à son salarié. La publicité de la clause sera ainsi assurée, notamment, vis-à-vis des futurs employeurs du débiteur de non concurrence (1).

219. b) L'époque à laquelle le tiers doit être de mauvaise foi pour que sa responsabilité soit engagée a été la source d'une distinction aujourd'hui abandonnée.

Dans l'hypothèse où la violation de l'interdiction de concurrence est réalisée par la conclusion d'un contrat, par exemple par la conclusion d'un contrat de société ou de travail entre le débiteur de non concurrence et un tiers, certaines décisions n'ont retenu la responsabilité du tiers complice qu'à la condition qu'il ait été de mauvaise foi à l'époque où il a contracté avec le débiteur de non concurrence. C'est ainsi que la Cour de Paris par un arrêt rendu le 31 octobre 1908 (2) a relaxé le tiers qui avait constitué une société concurrente de celle à laquelle avait appartenu le débiteur de non concurrence, bien que ce tiers ait eu connaissance de l'interdiction de concurrence qui frappait son cocontractant par une sommation d'huissier, car, dit la Cour, « si la sommation a bien révélé la clause d'interdiction apposable à G. il n'est pas démontré qu'il (le tiers) ait connu cette clause au moment de la formation de la société ».

C'est donc seulement à l'époque où le tiers contracte avec un débiteur lié par une clause de non concurrence, en concluait P. Huguency, qu'il faut examiner si ce tiers a été de bonne ou de mauvaise foi (3).

Cette distinction est totalement abandonnée aujourd'hui, la jurisprudence retenant la responsabilité du tiers complice qu'elle que soit l'époque, concomitante ou postérieure à la formation du contrat, à laquelle le tiers a connaissance de l'obligation qui pèse sur le débiteur (4).

(1) Pour la critique de cette publicité, voir P. BIZIERE, « Certificat de travail et clause de non concurrence », *Inf. Chef. Entrep.* 1964, p. 195 et s. L'auteur remarque avec raison : « Reproduire une clause d'interdiction sur le certificat de travail c'est prohiber l'entrée du salarié congédié dans les entreprises à activités différentes et chez les entrepreneurs timorés. C'est aggraver d'une manière considérable l'étendue de la clause de non concurrence » (*op. cit.*, p. 201).

(2) *Journ. Trib. Com.* 1909, p. 406.

(3) *Op. cit.*, p. 129.

(4) Voir les décisions citées, p. 190, note 4. Cette solution est rationnelle. Elle a été retenue par le législateur dans l'article 23 a L. I du Code du travail réglementant le débauchage. La responsabilité du nouvel employeur est engagée non seulement « quand il a embauché un travailleur qu'il savait déjà lié par un contrat de travail » mais encore « quand il a continué à occuper un travailleur après avoir appris que ce travailleur était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail » (2° et 3°, art. 23 a, L. I, *Code du travail*).

B — EFFETS DE LA RESPONSABILITÉ DU TIERS COMPLICE DE LA VIOLATION DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE.

220. Le tiers complice est déclaré solidairement responsable avec le débiteur des conséquences de l'inexécution de la prestation de non concurrence : condamnation in solidum au paiement des dommages-intérêts (1) ou condamnation in solidum au paiement de la clause pénale prévue par les parties à la convention de non concurrence (2).

Cependant, certains auteurs ont cru trouver une contradiction entre l'existence de cette obligation in solidum et la qualification respective de la responsabilité des coauteurs de la faute. L'obligation in solidum a-t-on fait remarquer n'existe de plein droit qu'entre les coauteurs d'une faute délictuelle. Or, si la responsabilité du tiers complice est bien de nature délictuelle, celle du débiteur de non concurrence est par contre de nature contractuelle. Cette argumentation est justement rejetée par M. M. H. et L. Mazeaud et Tunc, lesquels écrivent « l'obligation in solidum est justifiée en l'espèce, sans que les deux coauteurs soient délictuellement responsables, par le seul fait que chacun d'eux est tenu, de par sa situation personnelle, de réparer tout le préjudice causé. Il en est ainsi pour le débiteur qui n'a pas exécuté son obligation, car il avait promis le tout. Et il en est de même pour le tiers, complice de l'inexécution, lui aussi responsable in solidum pour le tout par le jeu des règles en vigueur en matière délictuelle » (3).

Section II. — Exécution en nature de l'obligation de non concurrence.

221. La condamnation du débiteur de non concurrence au paiement des dommages-intérêts ou à la peine prévue à la convention ne satisfera généralement qu'incomplètement le créancier de non concurrence. L'acquéreur d'un fonds de commerce qui subit la concurrence du vendeur qui s'est rétabli en violation de son obligation de non concurrence cherchera moins à obtenir des dommages-intérêts que l'exécution forcée de la prestation à laquelle il a droit, c'est-à-dire la fermeture du fonds de commerce créé par le débiteur de non concurrence en violation de son engagement.

Plus généralement, la protection du créancier de non concurrence au cas d'inexécution ne sera complète que s'il obtient, à côté d'une indemnité pour le préjudice passé, l'exécution forcée de la prestation de non concurrence pour l'avenir. Comme l'action en concurrence déloyale, l'action du créancier de non concurrence ne tend pas seule-

(1) Cass. Soc., 5 janvier 1967, précité ; Cass. Soc., 8 juillet 1960, précité ; Dijon, 10 février 1954, précité.

(2) Paris, 18 mars 1936, précité ; Paris, 18 juillet 1938, précité ; Trib. Com. Alger, 5 août 1959, précité.

(3) *Op. cit.*, n° 144.

ment à la réparation d'un dommage, elle a encore et peut-être surtout pour but d'obtenir la cessation de l'activité prohibée exercée par le débiteur de non concurrence. Ce que le créancier de non concurrence désire ce n'est pas tant la réparation d'un préjudice que l'obtention effective de l'abstention de concurrence qui lui est due. L'exécution forcée en nature apparaît donc nécessaire à la satisfaction complète du créancier de non concurrence. Mais est-elle possible à obtenir et, dans l'affirmative, dans quelle mesure peut-elle se cumuler avec une exécution forcée par équivalent?

§ I. — L'EXÉCUTION EN NATURE PEUT-ELLE ETRE OBTENUE?

222. Aux termes de l'article 1142 du Code civil l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts. Cette règle est le corollaire du principe selon lequel nul ne peut être directement contraint à faire ou à ne pas faire quelque chose. Seule donc, l'exécution forcée par équivalent serait possible, l'exécution forcée en nature étant exclue.

Ce principe posé par l'article 1142 Code civil n'est cependant pas absolu. L'impossibilité d'exécution forcée n'est pas générale à toutes les obligations de ne pas faire. L'exécution forcée de l'obligation de non concurrence est un exemple de la relativité de la règle posée par l'article 1142.

Certes, on ne peut matériellement contraindre un débiteur de non concurrence à ne pas se rétablir dans un commerce similaire ou à ne pas s'embaucher dans une entreprise concurrente. Mais, l'inexécution de la prestation de non concurrence par le débiteur étant concrétisée par des actes positifs : création d'un fonds de commerce, conclusion d'un contrat de travail, il sera souvent possible de contraindre ce débiteur à fermer le fonds de commerce créé en violation de son obligation ou à cesser ses fonctions dans l'entreprise concurrente de celle du créancier de non concurrence. Et cela sans porter une grave atteinte à la personne du débiteur (1).

Dans ce cas le créancier obtiendra bien l'exécution en nature de la prestation de non concurrence, l'abstention à laquelle il avait droit.

L'exécution forcée de la prestation de non concurrence ne se heurte donc ni à une impossibilité matérielle, ni à la nécessité de respecter la personne du débiteur, impossibilité et nécessité qui seules justifient la règle de l'article 1142 du Code civil (2). D'ailleurs l'article 1143

(1) La condamnation sera en règle générale prononcée sous astreinte. D'autre part, il est des mesures, comme la fermeture du fonds de commerce, qui peuvent être prises sans contraindre le débiteur de non concurrence à agir.

(2) L'ensemble de la doctrine interprète ainsi l'art. 1142, *Code civil*. Voir J. J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. II, n° 226 : « Les obligations de faire ou de ne pas faire présentant un caractère personnel, écrit l'auteur, sont seules soumises à la règle de l'art. 1142 ».

de ce même Code ne dispose-t-il pas que « le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit »?

223. Le jurisprudence s'est très tôt engagée dans cette voie. Le 21 février 1862, la Cour de cassation déclarait : « l'inexécution d'une obligation de ne pas faire, et par exemple la formation d'un établissement de commerce dans une localité interdite par convention, autorise les juges à ordonner la suppression de ce qui a été fait en contravention de cette obligation, et, dès lors, la fermeture de cet établissement... » (1).

Depuis, de nombreuses décisions sont venues condamner le débiteur de non concurrence, généralement sous astreinte, à cesser l'activité source de la concurrence prohibée : fermeture du fonds de commerce (2) ou abandon de son exploitation (3), interdiction d'exercer une profession libérale (4) ou encore cessation des fonctions d'employé (5). Une décision a même condamné sous astreinte le tiers complice de la violation de l'obligation de non concurrence, en l'occurrence un employeur concurrent du créancier de non concurrence qui avait embauché en connaissance de cause le débiteur de non concurrence, à renoncer à cette collaboration (6).

Possible, l'exécution forcée de l'obligation de non concurrence n'est cependant pas acquise au créancier de non concurrence du seul fait de sa demande. La jurisprudence reconnaît au juge le pouvoir discrétionnaire d'ordonner ou non cette exécution forcée (7). On pourrait objecter à cela l'article 1143 Code civil qui dispose que « le créancier a le droit de demander que ce qui a été fait par contravention à l'engagement soit détruit ». La rédaction de ce texte semble peu en accord avec un pouvoir discrétionnaire du juge.

(1) Req. 21 février 1862, *D.P.* 1862-1, 185.

(2) Req. 7 juillet 1898, *S.* 1898-1, 520 ; Lyon, 6 avril 1892, *S.* 1893-2, 219 ; Paris, 15 juin 1933, *D.H.* 1933, 450 ; Trib. Com. Seine, 23 mai 1910, *G.P.* 1910-II, 105.

(3) Lorsque le fonds de commerce exploité par le débiteur de non concurrence en violation de son obligation préexistait à la naissance de celle-ci le débiteur s'en étant porté acquéreur postérieurement, les Tribunaux n'ordonnent pas la fermeture de ce fonds. Ils peuvent cependant contraindre le débiteur à en cesser l'exploitation sous astreinte.

Cette solution est à rapprocher de celle de l'art. 2557 du *Code civil italien*, lequel n'édicte une interdiction de concurrence à l'encontre du vendeur de fonds de commerce que dans la mesure où celui-ci « met sur pied » une entreprise concurrente.

(4) Il faut remarquer dans ce domaine l'intervention des juridictions professionnelles. Le médecin qui se réinstalle en violation de son obligation de non concurrence se voit infliger un blâme avec injonction de se retirer sans délai de la localité interdite par décision du Conseil régional de l'ordre des médecins. Voir Trib. Civ. Foix, 31 mars 1948, précité.

(5) Req. 17 juin 1927, *G.P.* 1927-II, 431 ; Paris, 23 avril 1925, *G.P.* 1925-II, 416.

(6) Paris, 23 avril 1925, *G.P.* 1925-II, 416.

(7) Sauf l'hypothèse où l'exécution en nature l'a été stipulée par les parties comme sanction obligatoire de la violation de l'obligation de non concurrence.

L'objection est écartée en invoquant deux arguments. On souligne tout d'abord que dans notre matière le principe se trouve dans l'article 1142, lequel déclare que le mode normal d'exécution forcée est l'exécution par équivalent. On invoque ensuite un argument de texte trouvé dans l'article 1144 Code civil lequel est ainsi rédigé : « Le créancier... peut aussi ... être autorisé » le terme « aussi » permettant le rattachement à l'article 1143 et l'expression « être autorisé » impliquant la possibilité pour le juge de ne pas autoriser.

L'exécution forcée en nature de la prestation de non concurrence est donc possible mais laissée à l'appréciation du juge. Dans quelle mesure peut-elle se cumuler avec l'exécution forcée par équivalent?

§ II. — L'EXÉCUTION EN NATURE PEUT-ELLE ETRE OBTENUE AVEC L'EXÉCUTION PAR ÉQUIVALENT

224. Il est rare que la demande du créancier de non concurrence, au cas de violation de l'obligation par le débiteur, ne porte que sur l'exécution forcée en nature. En effet, par hypothèse celle-ci ne vaut que pour l'avenir, les conséquences passées de l'inexécution ne pouvant faire l'objet que d'une réparation par équivalent. En revanche, il est fréquent que le créancier de l'obligation de non concurrence inexécutée prétende obtenir une réparation par équivalent pour les conséquences passées de l'inexécution de l'obligation et une sanction en nature pour l'avenir. La coexistence de ces deux sanctions, pécuniaire et en nature, assure seule la complète satisfaction du créancier de non concurrence. Comme l'a justement remarqué un tribunal dans le domaine voisin de la concurrence déloyale : « les dommages-intérêts alloués en réparation du préjudice causé par des actes de concurrence déloyale se révéleraient illusoire si l'entreprise condamnée pouvait continuer ses agissements » (1). Cela s'explique par le fait que le « dommage concurrentiel », qu'il provienne d'une concurrence déloyale ou d'une concurrence anticontractuelle, est permanent.

Demandant une sanction pécuniaire et une sanction en nature dans quelle mesure le créancier de non concurrence pourra-t-il obtenir l'une et l'autre? (2). La réponse est différente selon que les parties ont ou non prévu les conséquences de l'inexécution de la prestation de non concurrence dans une clause pénale.

(1) Trib. Com. Seine, 2 mai 1956, précité.

(2) Pour un exemple de demande complexe, voir : Trib. G.I. Pontoise, 17 octobre 1962, *Inf. Chef. Entrep.* 1963, p. 281. Un employeur, créancier de non concurrence demandait au tribunal de condamner son ancien salarié, qui avait violé l'interdiction de concurrence souscrite en se réembauchant dans une entreprise concurrente, à payer : 1°) la somme de 20 000 F à titre de dommages-intérêts. 2°) 100 F par infraction commise. 3°) Une astreinte de 100 F par jour à compter du jugement, au cas où il ne cesserait pas l'exercice de toute fonction à la C^{ie} concurrente. 4°) 30 000 F. à titre de dommages-intérêts s'il n'abandonnait pas lesdites fonctions dans le délai qui lui serait imparti par le tribunal.

225. Si en rédigeant la clause de non concurrence les parties n'ont pas prévu les conséquences de son inexécution ou encore en présence d'une obligation de non concurrence de plein droit, le créancier de non concurrence peut obtenir d'une part, des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution de la prestation, et d'autre part, l'exécution forcée de cette prestation pour l'avenir, le débiteur étant condamné à cesser l'activité prohibée (1).

La solution est identique même si les parties, en rédigeant la clause, ont stipulé que celle-ci devrait respectée « sous peine de dommages-intérêts » (2). Les Tribunaux interprètent en effet les mots « sous peine de dommages-intérêts » non en ce sens que les parties auraient entendu fixer d'avance le mode de sanction de l'infraction, la seule solution possible étant l'octroi d'une indemnité pécuniaire au créancier, mais en ce sens que le créancier s'est seulement réservé le droit de demander des dommages-intérêts, ce qui n'exclut pas la possibilité d'une sanction en nature (3).

226. La situation est différente si l'engagement de non concurrence est assorti d'une clause pénale (4). L'application du droit commun conduit en effet à deux possibilités qui sont l'une et l'autre exclusives de cumul. Le créancier peut d'une part, en application de l'art. 1228 Code civil, demander l'exécution forcée de la prestation de non concurrence, mais c'est à la condition qu'il renonce au bénéfice de la clause pénale, et d'autre part s'il réclame la peine, il ne peut en même temps « demander le principal » c'est-à-dire l'exécution forcée de la prestation de non concurrence (5).

(1) Voir Trib. Com. Seine, 23 mai 1910, *G.P.* 1910-II, 105. Statuant sur la demande d'un créancier de non concurrence, en l'occurrence un acquéreur de fonds de commerce, le tribunal déclare « Indépendamment d'une réparation pécuniaire, si le genre de son commerce et l'étendue de sa clientèle nécessitent pour leur sauvegarde pareille mesure, c'est à bon droit qu'il poursuit la fermeture du fonds concurrent créé dans la même ville et l'obtention contre son prédécesseur d'une défense d'exercer ou de représenter ledit commerce dans la périphérie de cette ville.

(2) Cette formule est assez fréquente. Voir Cass. Soc., 20 janvier 1960, précité.

(3) Voir Req. 17 juin 1927, *G.P.* 1927-II, 431 ; Lyon, 6 avril 1892, *S.* 1893-2, 219 ; Paris, 23 avril 1925, *G.P.* 1925-II, 416.

(4) Sur cette possibilité, voir *supra*, p. 186 et s.

(5) Art. 1229, *Code civil*. En se fondant sur l'interprétation de la volonté des parties certaines décisions ont condamné le débiteur de non concurrence à la fois au paiement de la peine, pour le préjudice passé, et à la cessation sans astreinte pour l'avenir de son activité. La comparaison entre le préjudice subi et le montant de la clause pénale étant en réalité le critère d'une telle solution d'équité. Voir Nancy, 14 octobre 1905, *D.P.* 1907-2, 321, note LACOUR.

CONCLUSION GÉNÉRALE

227. Au terme de l'étude de l'obligation de non concurrence dans le droit des contrats un regroupement de nos résultats est nécessaire. Ceux-ci dépassent la constatation de l'originalité de l'obligation de non concurrence (I) pour en proposer une explication (II).

I. — CONSTATATION DE L'ORIGINALITÉ DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE

228. Le premier objet de notre étude était de décrire l'obligation de non concurrence telle qu'elle se présente dans le droit des contrats, c'est-à-dire essentiellement de connaître ses sources et de préciser son contenu. Chemin faisant, nous avons constaté l'impossibilité d'identifier cette obligation à l'obligation de garantie, identification pourtant traditionnellement effectuée par le droit positif.

L'originalité de l'obligation de non concurrence est nettement apparue lorsque nous avons examiné ses sources. Dans les contrats concernant un simple élément du poste professionnel, la présence d'une obligation de non concurrence au niveau de cet élément est laissée, à juste titre, à l'initiative des parties. Dans ce cas, l'obligation de non concurrence est nécessairement une obligation contractuelle d'origine volontaire. Les principes conjugués de la liberté contractuelle et de l'effet obligatoire des contrats soustraient cette source d'obligation à la critique.

La situation est toute différente dans les contrats concernant la totalité du poste professionnel. Le nouveau titulaire ne peut espérer prendre la place de l'ancien que si ce dernier s'abstient de toute activité concurrente dans le rayon d'action du poste professionnel considéré. De ce fait, l'obligation de non concurrence apparaît indispensable à l'opération de transfert de la clientèle ; cette nécessité appelle, nous semble-t-il, l'intervention du législateur et la formulation d'une obligation d'origine nécessairement légale. Les tribunaux ont cherché à satisfaire cette exigence en trouvant la source de l'obligation de non concurrence dans l'obligation de garantie du fait personnel inhérente

à toute vente et dont elle serait, en quelque sorte, le simple prolongement.

Une pareille qualification se heurte cependant à un obstacle capital : l'obligation de non concurrence d'origine légale serait limitée aux transferts de certaines clientèles, à l'exclusion d'autres où sa présence apparaît tout autant sinon plus indispensable. Cette constatation aurait pu être surmontée si le recours au droit de la garantie avait donné à l'obligation de non concurrence un contenu satisfaisant, si le droit commun de la garantie pouvait être transposé utilement à l'obligation de non concurrence, les avantages pratiques d'une telle transposition pouvant assurément faire taire en partie la critique de principe. Or, il n'en est rien.

Les observations que nous avons effectuées à propos des sources ont été rapidement confirmées par l'étude du contenu de l'obligation. Il n'a même pas été besoin de constater l'impropriété de certaines solutions jurisprudentielles pour déduire de leur critique la nécessité d'une définition propre à l'obligation de non concurrence. Nous avons pu, en effet, rapidement constater que les tribunaux donnaient à l'obligation de non concurrence un contenu différent de celui reconnu à l'obligation de garantie. L'identification de l'obligation de non concurrence à l'obligation de garantie quant à sa source ne les conduit à assimiler le contenu de celle-là, au contenu de celle-ci. Faut-il souligner l'opposition entre l'intransmissibilité passive de l'obligation de non concurrence et la parfaite transmissibilité passive de l'obligation de garantie, ou encore, le souci apporté à l'exécution en nature de la première et l'aspect purement indemnitaire de la seconde?

L'étude conjuguée des sources et du contenu de l'obligation de non concurrence nous permet de mesurer l'écart qui sépare cette obligation de l'obligation de garantie et à défaut d'autres rattachements, ou qualifications proposés, son irréductibilité à toute autre institution et donc, en conséquence, son originalité.

Encore faut-il tenter d'expliquer cette originalité.

II. — EXPLICATION DE L'ORIGINALITÉ DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE.

229. L'étude de l'obligation de non concurrence menée à son terme nous conduit à proposer quelques éléments d'explication du caractère original de cette obligation. L'originalité de la notion d'obligation de non concurrence nous paraît essentiellement liée à la fonction propre qu'elle assume. Lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre d'un contrat concernant un élément du poste professionnel, elle vise à fixer la clientèle au profit du titulaire présent de ce même poste. Au contraire, lorsqu'elle s'inscrit dans un contrat concernant la totalité du poste professionnel, elle vise à assurer le transfert, définitif ou provisoire, de la clientèle au profit du nouveau titulaire de ce poste professionnel. On le voit, par son rôle, l'obligation de non concurrence est étroitement liée à la notion de clientèle.

Faut-il encore préciser cette relation, en particulier dans l'hypo-

thèse de transfert de clientèle. La construction traditionnelle de notre droit positif laisse transparaître cette étroite liaison, mais, en définitive, ne lui attache que peu d'importance, faisant de l'obligation de non concurrence une simple obligation accessoire de l'opération de transfert de clientèle.

Or, la réalité est inverse : on peut dire, en effet, que le transfert de la clientèle est une conséquence de l'exécution de l'obligation de non concurrence, celle-ci n'apparaissant pas tant comme un pur fait négatif, que comme un élément positif nécessaire à la réalisation effective de l'opération de transfert. L'obligation de non concurrence s'inscrit ainsi plus dans le cadre de la délivrance que dans celui de la garantie.

Une telle analyse a été longtemps masquée par la distinction établie parmi les clientèles et, à sa suite, par la définition de certaines d'entre elles comme des biens directement appropriables et cessibles. Mais cette vision du « bien-clientèle » n'est plus unanimement admise aujourd'hui. Le caractère inéluctablement mouvant de la clientèle dû à la double liberté d'entreprise des professionnels et de choix des clients ne permet pas d'y voir le siège immédiat d'un droit privatif. Cette observation n'est pas modifiée par l'interposition entre la clientèle et le droit, d'universalités plus larges qui l'absorberaient et seraient elles-mêmes appropriées. Leur caractère composite répugne à l'analyse. La clientèle commerciale, par exemple, n'apparaît plus à tous (1) comme un élément du fonds de commerce, au sens de fraction composante de celui-ci. Elle y est moins « incluse », pensons-nous, qu'elle n'en est « satellite » (2), moins objet, qu'objectif. Isolée ou même incorporée dans une universalité la clientèle est rebelle à l'appropriation. Les conséquences de cette constatation sont graves et reviennent à refuser à la technique directe du droit réel la possibilité d'incorporer la clientèle au patrimoine. Il faut alors choisir entre le refus de toute appréhension patrimoniale de la clientèle ou tout au moins de sa valeur, solution qui ruinerait la fonction même du patrimoine, et sa réalisation par d'autres voies, celles des droits personnels, des obligations. Et c'est ainsi, précisément, que l'obligation de non concurrence intervient pour assurer de façon indirecte, sans doute, mais tout aussi efficace, la patrimonialisation de la clientèle : la valeur économique de cette clientèle se transmettant pour partie au moins à la créance de non concurrence, se trouvant ainsi inscrite dans le patrimoine du titulaire du poste professionnel.

De cette originalité de fonction de l'obligation de non concurrence découle celle de son régime, de ses sources, comme de son contenu. Il en résulte aussi à un moindre degré une incertitude que seule pourrait lever une étude de la notion même de clientèle qu'à défaut d'avoir conduite principalement on nous permettra d'appeler de nos vœux.

(1) Voir les conclusions retenues par le 62^e Congrès des Notaires, aux termes desquelles il a été proposé que la clientèle ne soit plus analysée comme un élément du fonds de commerce.

(2) Voir P. CATALA, *op. cit.*, p. 206.

ANNEXE I

LÉGISLATION ITALIENNE

I. — CONSTITUTION ITALIENNE

Art. 41.

L'initiative économique privée est libre.

On ne peut l'exercer en opposition avec l'utilité sociale ou d'une façon qui cause préjudice à la sécurité, à la liberté, à la dignité humaine.

La loi détermine les programmes et les contrôles opportuns pour que l'activité économique publique et privée puisse être dirigée et coordonnée vers des fins sociales.

II. — CODE CIVIL ITALIEN

Art. 2.105 — Obligation de fidélité.

L'employé ne doit pas traiter d'affaires, pour son propre compte ou pour le compte de tiers, en concurrence avec l'entrepreneur, ni divulguer des renseignements relatifs à l'organisation et aux méthodes de production de l'entreprise, ou en user de manière à pouvoir porter préjudice à celle-ci.

Art. 2.125 — Pacte de non concurrence.

Le pacte par lequel on limite l'accomplissement de l'activité de l'employé, pour le temps successif à la cessation du contrat, est nul s'il ne résulte pas d'un acte écrit, si n'est pas stipulé un dédommagement en faveur de l'employé et si l'interdiction n'est pas contenue entre des limites déterminées d'objet, de temps et de lieu.

La durée de l'interdiction ne peut être supérieure à cinq ans, s'il s'agit de dirigeants, et à trois ans dans les autres cas. Si l'on stipule une durée supérieure elle retombe dans la mesure précitée.

Art. 2.301 — Interdit de concurrence.

Le membre d'une société ne peut sans le consentement des autres membres, exercer pour son propre compte ou pour autrui une activité en concurrence avec celle de la société, ni participer en tant que membre à responsabilité illimitée à une autre société concurrente.

On suppose le consentement, si l'exercice de l'activité ou la participation à une autre société préexistait au contrat de société et si les autres membres en avaient connaissance.

En cas de non observation des dispositions du premier alinéa la société a droit au remboursement du dommage, sauf application de l'art. 2.286.

Art. 2.557 — Interdit de concurrence.

L'aliénateur du fonds de commerce doit s'abstenir, pour une période de cinq ans à partir du transfert, de mettre sur pied une nouvelle entreprise qui par son objet, sa situation ou d'autres circonstances, serait de nature à détourner la clientèle du fonds de commerce cédé.

La convention par laquelle on s'abstient de concurrence dans des limites plus étendues que celles prévues par l'alinéa précédent est valable, pour autant qu'elle n'empêche pas toute activité professionnelle de l'aliénateur.

Elle ne peut excéder la durée de cinq ans à compter du transfert.

S'il est indiqué dans la convention une durée plus longue ou si la durée n'est pas établie, l'interdiction de concurrence vaut pour la période de cinq ans à compter du transfert.

En cas d'usufruit ou de louage du fonds de commerce l'interdiction de concurrence prévue par l'alinéa premier vaut vis-à-vis du propriétaire ou du locataire pour la durée de l'usufruit ou du louage.

Art. 2.595 — Limites légales de la concurrence

La concurrence doit se dérouler de façon à ne pas léser les intérêts de l'économie nationale et dans les limites établies par la loi et par les normes corporatives.

Art. 2.596 — Limites contractuelles de la concurrence.

Le pacte qui limite la concurrence doit être prouvé par écrit. Il est valide s'il est circonscrit à une zone déterminée, et ne peut excéder la durée de cinq ans. Si la durée du pacte n'est pas déterminée ou est établie pour une période supérieure à cinq ans, le pacte est valide pour la durée de cinq ans.

ANNEXE II

CONVENTIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL

CONVENTION COLLECTIVE NATIONALE DE L'INDUSTRIE DES TEXTILES NATURELS
ÉTENDUE PAR UN ARRÊTÉ DU 17 DÉCEMBRE 1951 — ANNEXE N° 4 — INGÉNIEURS
ET CADRES

Art. 32 — Secret professionnel et clause de non concurrence.

— Tout cadre est tenu au secret professionnel en ce qui concerne l'activité de l'entreprise à laquelle il est ou a été attaché. Cette obligation ne peut avoir d'autre but que de sauvegarder les intérêts légitimes de l'entreprise et ne peut avoir pour résultat d'interdire au cadre, sans limitation quant au temps et au lieu l'exercice de son activité professionnelle spécialisée s'il quitte volontairement son emploi ou est congédié.

— Toute clause de non concurrence qui serait inscrite dans les contrats individuels doit prévoir, en faveur du cadre congédié, une indemnité en rapport avec la limitation d'activité professionnelle qui lui serait imposée.

CONVENTION COLLECTIVE NATIONALE DES INDUSTRIES CHIMIQUES DU 30 DÉCEMBRE 1952 ÉTENDUE PAR UN ARRÊTÉ DU 13 NOVEMBRE 1956.

Art. 19 — Clause de non concurrence.

— Le collaborateur est tenu au secret professionnel à l'égard des tiers pour tout ce qui concerne l'exercice de ses fonctions et, d'une façon générale, pour tout ce qui a trait à l'activité de l'entreprise qui l'emploie.

Il a, en particulier, l'obligation de ne pas faire profiter une entreprise concurrente de renseignements propres à l'entreprise qui l'emploie ou qui l'a employé et qu'il a pu recueillir à l'occasion de ses fonctions, ou du fait, de sa présence dans l'entreprise.

D'autre part, la restriction de l'activité professionnelle d'un collaborateur après la cessation de son emploi ne doit avoir pour but que de sauvegarder les légitimes intérêts professionnels de l'employeur, et ne doit pas avoir pour résultat d'interdire rien fait, au collaborateur, l'exercice de son activité professionnelle.

— Toute clause de non concurrence devra figurer dans la lettre d'engagement. Elle pourra être introduite ou supprimée par avenant en cours de contrat-avec l'accord des deux parties.

Elle pourra également être supprimée unilatéralement par l'employeur, mais cette suppression ne prendra effet que si le salarié n'est pas licencié dans un délai d'un an à dater de sa notification.

— L'interdiction qu'elle comportera ne devra pas, en principe, excéder deux

années, à partir de la date où l'intéressé quitte son employeur ; elle aura pour contre partie une indemnité qui sera versée mensuellement et qui sera au moins égale.

- . au tiers des appointements mensuels lorsque l'interdiction visera un produit ou une technique de fabrication pouvant s'appliquer à un ou plusieurs produits ;
- . aux deux tiers des appointements mensuels lorsque l'interdiction visera plusieurs produits ou plusieurs techniques de fabrication.

— Si, au cours de la période d'interdiction, le minimum de l'emploi de l'intéressé venait à être modifié, l'indemnité serait révisée proportionnellement aux appointements dont aurait bénéficié l'intéressé s'il avait conservé son emploi.

— Dans certains cas, en raison du caractère particulièrement délicat ou secret de certaines fabrications, il pourra, de convention expresse, être stipulé un délai supérieur à deux années, avec maximum de quatre années. Pendant chacune de ces deux années supplémentaires, il sera alors payé à l'intéressé 100 p. 100 de ses appointements.

— L'employeur qui dénonce un contrat de travail prévoyant une clause de non concurrence peut, avec l'accord de l'intéressé, libérer par écrit, au moment de la dénonciation, le collaborateur de la clause d'interdiction. Dans ce cas, l'indemnité mensuelle prévue au paragraphe 3 sera payée pendant trois mois à dater de l'expiration de la période de préavis.

— Lorsque le contrat de travail prévoyant une clause de non concurrence est dénoncé par le collaborateur, celui-ci doit rappeler par écrit et d'une façon explicite à son employeur, l'existence de la clause de non concurrence. L'employeur aura un délai de trois semaines pour se décharger de l'indemnité prévue en libérant par écrit le collaborateur de la clause d'interdiction. Dans ce cas, l'indemnité mensuelle prévue au paragraphe 3 sera payée pendant trois mois à dater de l'expiration de la période de préavis.

— Si l'interdiction prévue est supérieure à deux ans, l'employeur pourra se décharger de l'indemnité pour les troisième et quatrième années en prévenant l'intéressé à la dénonciation du contrat ; de même, il pourra se décharger de la moitié de l'indemnité du pour la quatrième année en prévenant l'intéressé un an après la dénonciation du contrat et en libérant dans ce cas le collaborateur pour la quatrième année.

— A dater de la signature de la présente convention, les clauses de non concurrence des collaborateurs en place dans les entreprises seront annulées de plein droit et l'employeur pourra, le cas échéant, les remplacer par des clauses conformes aux dispositions du présent article.

Par contre, ces dispositions ne seront pas applicables aux clauses de non concurrence des collaborateurs ayant quitté leur entreprise antérieurement à la date de la signature de la présente convention.

CONVENTION COLLECTIVE NATIONALE DE L'INDUSTRIE PHARMACEUTIQUE DU 6 AVRIL 1956 ÉTENDUE PAR UN ARRÊTÉ DU 15 NOVEMBRE 1956.

ANNEXE — VISITEURS MÉDICAUX.

Art. 14 — Clause de non concurrence.

— Le visiteur médical est tenu au secret professionnel à l'égard des tiers pour tout ce qui concerne l'exercice de ses fonctions et, d'une façon générale pour tout ce qui a trait à l'activité de l'entreprise qui l'emploie.

Il a, en particulier, l'obligation de ne pas faire profiter une entreprise concurrente de renseignements propres à l'entreprise qui l'emploie ou qui l'a employé et qu'il a pu recueillir à l'occasion de ses fonctions ou du fait de sa présence dans l'entreprise.

D'autre part, la restriction de l'activité professionnelle d'un visiteur médical, après la cessation de son emploi, ne doit avoir pour but que de sauvegarder les légitimes intérêts professionnels de l'employeur et ne doit pas avoir pour résultat d'interdire, en fait, au visiteur médical, l'exercice de son activité professionnelle.

— Toute clause de non concurrence devra figurer dans la lettre d'engagement. Elle pourra être introduite ou supprimée par avenant en cours de contrat avec l'accord des deux parties.

Elle pourra également être supprimée unilatéralement par l'employeur, mais cette suppression ne prendra effet que si le salarié n'est pas licencié dans un délai d'un an à dater de sa notification.

— L'interdiction qu'elle comportera devra être limitée dans le temps et dans l'espace, à partir de la date à laquelle l'intéressé quitte son employeur. Elle aura pour contre partie une indemnité qui sera versée chaque mois pendant la durée de l'interdiction et dont le montant sera fixé d'un commun accord entre l'employeur et le visiteur médical, en fonction de l'importance de l'introduction.

— L'employeur qui dénonce un contrat de travail prévoyant une clause de non concurrence peut, avec l'accord de l'intéressé, libérer par écrit, au moment de la dénonciation, le visiteur médical de la clause d'interdiction. Dans ce cas l'indemnité mensuelle prévue au paragraphe 3 sera payée pendant trois mois à dater de l'expiration de la période de préavis.

— Lorsque le contrat de travail prévoyant une clause de non concurrence, est dénoncé par le visiteur médical, celui-ci doit rappeler par écrit et d'une façon explicite, à son employeur, l'existence de la clause de non concurrence. L'employeur aura un délai de trois semaines pour se décharger de l'indemnité prévue en libérant par écrit le visiteur médical de la clause d'interdiction. Dans ce cas, l'indemnité mensuelle prévue au paragraphe 3 sera payée pendant trois mois à dater de l'expiration de la période de préavis.

CONVENTION COLLECTIVE NATIONALE DES INDUSTRIES DES JEUX, JOUETS, ARTICLES DE FÊTES ET VOITURES D'ENFANTS DU 3 JUILLET 1957 ÉTENDUE PAR UN ARRÊTÉ DU 14 MAI 1962 — ANNEXE « Ingénieurs et cadres » DU 1^{er} SEPTEMBRE 1960.

Art. 18 — Clause de non concurrence.

— Une collaboration loyale implique l'obligation de ne pas faire bénéficier une maison concurrente de renseignements provenant de la maison qui vous emploie.

— Par extension un employeur garde la faculté de prévoir qu'un cadre qui le quitte volontairement ou non ne puisse apporter à une maison concurrente les connaissances qu'il a acquises chez lui.

— Dans ce cas l'interdiction devra faire l'objet d'une clause dans le contrat ou la lettre d'engagement.

— Au cas où une clause de cette nature serait envisagée elle devra prévoir une limitation dans le temps et dans l'espace ; elle sera de plus amortie d'une indemnisation appropriée.

— En ce qui concerne les contrats en cours, l'insertion d'une clause de non concurrence ne pourra intervenir qu'en accord entre les parties et dans le délai de 6 mois à dater de la signature de la présente annexe.

CONVENTION COLLECTIVE NATIONALE DU PERSONNEL AU SOL DES ENTREPRISES DE TRANSPORT AÉRIEN DU 22 MAI 1959 ; ÉTENDUE PAR UN ARRÊTÉ DU 10 JANVIER 1964 — CONVENTION ANNEXE « Cadres » DU 26 JUIN 1962 MODIFIÉE PAR L'AVENANT DU 31 OCTOBRE 1963.

Art. 18 — Clause de non concurrence.

— L'employeur a la faculté de prévoir qu'un cadre qui le quitte volontairement ou non ne puisse apporter à une entreprise concurrente les connaissances qu'il a acquises chez lui, et cela en lui interdisant de se placer dans une entreprise concurrente. Dans ce cas, l'interdiction ne peut excéder une durée d'un an et doit faire l'objet d'une clause dans le contrat ou la lettre d'engagement.

— Cette interdiction n'est valable que si elle a comme contrepartie, pendant la durée de non concurrence, une indemnité mensuelle spéciale égale à la moitié de la moyenne mensuelle du traitement du cadre au cours de ses trois derniers mois de présence dans l'établissement.

— L'employeur en cas de cessation d'un contrat de travail qui prévoyait une clause de non concurrence peut se décharger de l'indemnité prévue en libérant le cadre de la clause d'interdiction, mais sous condition de prévenir ce dernier par

écrit dans les huit jours qui suivent la notification du préavis ou, en cas de non observation du préavis, dans les huit jours qui suivent la rupture effective du contrat de travail.

CONVENTION COLLECTIVE NATIONALE DE TRAVAIL DE LA COIFFURE ET DES PROFESSIONS CONNEXES — DU 3 AOUT 1960.

Art. 10 — Clause de non concurrence.

— En cas de cessation effective de ses fonctions pour quelque cause que ce soit, le personnel défini à la présente annexe (Cadres et agents de maîtrise), ne pourra prendre aucune part, directe ou indirecte et à quelque titre que ce soit pendant une année, à l'exploitation d'un établissement où s'exercerait la même profession et situé dans un rayon minimum de 500 mètres à vol d'oiseau.

Le personnel qui contreviendra à cette clause, sera redevable à l'égard de l'établissement qu'il a quitté d'une indemnité fixée forfaitairement au salaire global et réel des 12 derniers mois passés dans l'établissement indépendamment de toute autre poursuite judiciaire.

CONVENTIONS COLLECTIVES DES INDUSTRIES MÉTALLURGIQUES, MÉCANIQUES ET CONNEXES DE LA RÉGION PARISIENNE — ÉTENDUE PAR UN ARRÊTÉ DU 11 AOUT 1965 — INGÉNIEURS ET CADRES (C. C. DU 30 DÉCEMBRE 1960).

Art. 27.

1 — Une collaboration loyale implique évidemment l'obligation de ne pas faire bénéficier une maison concurrente de renseignements provenant de l'entrepris prise de l'employeur.

2 — Par extension, un employeur garde la faculté de prévoir qu'un ingénieur ou cadre qui le quitte volontairement ou non ne puisse apporter à une maison concurrente les connaissances qu'il a acquises chez lui, et cela en lui interdisant de se placer dans une maison concurrente. Dans ce cas l'interdiction ne peut excéder une durée de deux ans et doit faire l'objet d'une clause dans le contrat ou la lettre d'engagement.

3 — Cette interdiction n'est valable que si elle a comme contrepartie pendant la durée de non concurrence, une indemnité mensuelle spéciale égale aux 5/10 de la moyenne mensuelle du traitement de l'ingénieur ou cadre au cours de ses trois derniers mois de présence dans l'établissement.

Toutefois dans le cas de licenciement non provoqué par une faute grave, cette indemnité est portée aux 6/10 de cette moyenne tant que l'ingénieur ou cadre n'aura pas retrouvé un nouvel emploi et dans la limite de la durée de non concurrence.

4 — L'employeur, en cas de cessation d'un contrat de travail qui prévoyait une clause de non concurrence, peut se décharger de l'indemnité prévue en libérant l'ingénieur ou cadre de la clause d'interdiction, mais sous condition de prévenir ce dernier par écrit dans les huit jours qui suivent la notification du préavis ou, en cas de non observation du préavis, dans les huit jours qui suivent la rupture effective du contrat de travail.

CONVENTION COLLECTIVE NATIONALE DE L'INDUSTRIE DU PÉTROLE — CONVENTION ANNEXE — INGÉNIEUR ET CADRES.

Art. 13 — Secret professionnel et non concurrence.

1 — L'ingénieur ou cadre est tenu au secret professionnel à l'égard des tiers pour tout ce qui concerne l'exercice de ses fonctions et d'une façon générale, pour tout ce qui a trait à l'activité de l'entreprise qui l'emploie ou l'a employé.

Il a en particulier, l'obligation de ne pas faire profiter une entreprise concurrente de renseignements propres à l'entreprise qui l'emploie (ou qui l'a employé) et qu'il a pu recueillir à l'occasion de ses fonctions, ou du fait de sa présence dans l'entreprise.

2 — La restriction de l'activité professionnelle d'un Ingénieur ou Cadre après la cessation de son emploi *ne doit pas avoir d'autre but que de sauvegarder les légitimes intérêts professionnels de l'employeur et ne doit pas avoir pour résultat d'interdire en fait, à l'ingénieur ou cadre l'exercice de son activité professionnelle.*

Toute clause de non concurrence devra figurer dans la lettre d'engagement.

Elle pourra être introduite ou supprimée par avenant en cours de contrat avec l'accord des deux parties.

Elle pourra également être supprimée unilatéralement par l'employeur mais cette suppression ne prendra effet que si l'ingénieur ou cadre n'est pas licencié dans un délai d'un an à dater de sa notification.

Toute clause de non concurrence qui serait inscrite dans les contrats individuels doit prévoir, en faveur du cadre congédié, une indemnisation en rapport avec la limitation d'activité professionnelle qui lui serait imposée.

CONVENTION COLLECTIVE NATIONALE DE LA FABRICATION DU VERRE A LA MAIN
— CONVENTION ANNEXE CADRES.

Art. 10 — *Clause de non concurrence.*

1 — Lorsqu'il y a lieu à application éventuelle d'une clause de non concurrence cette clause doit figurer dans la lettre d'engagement. Elle peut être introduite, modifiée, ou supprimée par avenant en cours de contrat, avec l'accord des parties.

Elle peut également être supprimée unilatéralement par l'employeur, mais cette suppression ne prend effet que si le cadre n'est pas licencié dans un délai d'un an à dater de sa notification.

2 — L'interdiction que comporte la clause de non concurrence ne doit pas excéder deux années à partir de la date où l'intéressé a quitté son employeur. Elle a pour contrepartie une indemnité versée mensuellement et au moins égale à 50 pour 100 de la rémunération moyenne des douze derniers mois.

3 — L'employeur qui dénonce un contrat de travail prévoyant une clause de non concurrence peut avec l'accord de l'intéressé, libérer celui-ci par écrit au moment de la dénonciation de la clause d'interdiction. Dans ce cas l'indemnité mensuelle prévue au présent article est payée pendant 3 mois à dater de l'expiration de la période de préavis.

4 — Lorsque le contrat de travail prévoyant une clause de non concurrence est dénoncé par le cadre, celui-ci doit rappeler par écrit et d'une façon explicite à son employeur l'existence de la clause de non concurrence. L'employeur a un délai d'une semaine pour libérer s'il le désire le cadre, de la clause d'interdiction ; dans ce cas, aucune indemnité n'est due par l'employeur.

5 — A dater de la signature de la présente convention annexe, les clauses de non concurrence des cadres en activité seront modifiées pour les rendre conformes aux dispositions du présent article. En revanche, ces dispositions ne seront pas applicables aux clauses de non concurrence des cadres ayant quitté leur entreprise antérieurement à la date de signature de la présente convention annexe.

ANNEXE III

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AUBY, Dr. PEQUIGNOT, R. et S. SAVATIER. — *Traité de Droit médical*.
AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 6^e éd.
BEUDANT. — *Cours de droit civil français*, 2^e éd.
BOUTAUD et CHABROL. — *Fonds de commerce*.
BRUN et GALLAND. — *Droit du travail*.
CAMERLYNCK et G. LYON-CAEN. — *Droit du travail*.
CAPITANT. — *Vocabulaire juridique*.
CARBONNIER. — *Droit civil*.
CENDRIER. — *Le fonds de commerce*, 6^e éd.
COHEN A. — *Traité théorique et pratique du fonds de commerce*, 2^e éd.
COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 2^e éd.
DEMOGUE. — *Traité des obligations en général*.
DERSCH-KASKEL. — *Arbeitsrecht*.
DURAND et VITU. — *Traité de droit du travail*.
ESCARRA. — *Principes de droit commercial*.
FLOUR. — *Cours de droit civil* (polycopié).
HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET. — *Traité de droit commercial*.
HOUPIN. — *Sociétés*.
JULIOT DE LA MORANDIÈRE, RODIÈRE et HOUIN. — *Droit commercial*.
LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD. — *Traité de droit commercial*.
MARTY et RAYNAUD. — *Traité de droit civil*.
MAZEAUD H. et L. — *Leçons de droit civil*.
MAZEAUD H. et L. et TUNC. — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd.
PIC. — *Des sociétés commerciales*, 2^e éd.
PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd.
POUILLET. — *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*.
RIPERT, DURAND et ROBLLOT. — *Traité élémentaire de droit commercial*.
ROUBIER. — *Le droit de la propriété industrielle*.
— *Droits subjectifs et situation juridique*, 1963.
THALLER et PIC. — *Traité de droit commercial*.
WEILL. — *Juris, Classem. Commercial, « Fonds de commerce »*.

II. — THÈSES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

- AUBERT. — *Le caractère artificiel du fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1946.
- AUSSEL. — *Essai sur la notion de tiers, en droit civil français*, Thèse, Montpellier, 1951.
- BERLE. — *La révolution capitaliste du XX^e siècle*.
- BOTTELIN. — *Des restrictions à la liberté du commerce et de l'industrie*, Thèse, Nancy, 1906.
- BOURDET. — *Les droits des représentants de commerce et des agents commerciaux sur la clientèle*, Thèse, Toulouse, 1958.
- CATALA N. — *La nature juridique du paiement*, Thèse, Paris, 1961.
- CHARASSIN. — *De l'interdiction de se rétablir dans les ventes de fonds de commerce*, Thèse, Lyon, 1929.
- DANIEL. — *La cession de clientèle civile*, Thèse, Paris, 1928.
- DECOCQ. — *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Thèse, Paris, 1957.
- DELBERT. — *Les contrats de transfert de clientèle civile*, Thèse, Paris, 1943.
- DELMAS SAINT-HILAIRE. — *L'exploitation, l'exploitant, dans la loi et jurisprudence contemporaines*, Thèse, Paris, 1956.
- DESPAX. — *L'entreprise et le droit*, Thèse, Toulouse, 1956.
- DUMOUCHEL. — *Étude juridique de la clientèle des professions libérales et des fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1907.
- EMELINA. — *Essai d'une théorie générale de la clientèle*, Thèse, Montpellier, 1907.
- GHIRON. — *La concorrenza ed i consorzi*, Turin, 1954.
- GODINOT. — *La concurrence déloyale ou illicite*, Thèse, Nancy, 1932.
- GOMBEAUX. — *Nature juridique du fonds de commerce*, Thèse, Caen, 1910.
- GROSS. — *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, Thèse, Nancy 1963.
- GUGLIELMETTI. G. — *Limiti neoziali della concorrenza*, Padoue, 1961.
- HUGUENY. — *La responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Thèse, Dijon, 1910.
- JAMMES. — *Histoire de la pensée économique du XX^e siècle*.
- LABATUT. — *Des restrictions conventionnelles de la liberté individuelle du commerce, de l'industrie et du travail dans la jurisprudence française*, Thèse, Toulouse, 1928.
- LECLERCQ. — *Les clientèles attachées à la personne*, Thèse, Paris, 1965.
- LE GALL. — *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, Thèse, Paris, 1962.
- MICHEL. — *L'interdiction de se rétablir dans la vente d'un fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1924.
- NICHEL. — *Les restrictions conventionnelles à la liberté du commerce*, Thèse, Montpellier, 1900.
- PAPP. — *La nature juridique du fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1935.
- PREE. — *L'interdiction de se rétablir pour le vendeur d'un fonds de commerce*, Thèse, Caen, 1929.
- RAYNAUD. — *Cours de droit civil approfondi*, 1965-1966, « L'ordre public économique ». Les cours de droit.
- RIPERT. — *Aspects juridiques du capitalisme moderne*.
- ROBINAULT. — *La location gérance de fonds de commerce*, Thèse, Rennes, 1951.
- SAVATIER J. — *La profession libérale*, Thèse, Poitiers, 1947.
- SCHRAMMECK. — *De la clause de non rétablissement dans les ventes de fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1941.
- TOURTONDE. — *Du droit à la clientèle dans le fonds de commerce*, Thèse, Toulouse, 1937.
- Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés, Travaux du 60^e Cingrès des Notaires de France, Travaux sur le fonds de commerce*, 1962.
- VACHAUMARD. — *Les clauses de non concurrence dans le contrat de travail*, Thèse, Paris, 1936.
- VALLEUR. — *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, Paris, 1938.
- VILAR. — *La cession de contrat en droit français*, Thèse, Montpellier, 1968.

WEILL. — *Le principe de la relativité des conventions en droit français*, Thèse, Strasbourg, 1938.

III. — ARTICLES DE DOCTRINE

- BÉRAUD. — « Les immeubles industriels ou commerciaux spécialisés », *Annales*, 1952, p. 522 et s., et 1953, p. 50 et s.
 « L'obligation de ne pas concurrencer le locataire en place », *Annales*, 1958, p. 353 et s.
- BIZIERE. — « Les clauses de non concurrence et le contrat de travail », *Inf. Chef. Entrep.*, 1960, p. 1087 et s.
 « Certificat de travail et clause de non concurrence », *Inf. Chef. Entrep.*, 1964, p. 195 et s.
 « Concurrence déloyale et droit du travail », *Inf. Chef. Entrep.*, 1965, p. 4 et s.
- BOUDIN. — « Nature juridique du contrat de remplacement médical », *Sem. jur.* 1933, p. 873 et s.
- BRUN. — « L'évolution du régime de la concurrence irrégulière dans les rapports de travail », in *Mélanges Roubier*, T. II, p. 557 et s.
- CATALA P. — « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *R.T.D. Civ.* 1966, p. 205 et s.
- COHEN. — « La propriété du fonds de commerce exploité dans des immeubles spécialisés », *J.C.P.* 1955-I, 1222.
- DU GARREAU. — « La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur », *R.T.D. Civ.* 1944, p. 225 et s.
- DURAND. — « L'évolution contemporaine du droit de la concurrence », in *Mélanges Roubier*, T. II, p. 439 et s.
- *ESMEIN. — « Une clientèle de professions libérales est-elle un bien? », *G.P.* 1952-I 14.
- FREJAVILLE. — « L'obligation de non concurrence due par le cédant de part sociale dans un fonds de commerce exploité en société », *Recueil juridique des sociétés*, 1933, p. 19 et s.
- GEORGE. — « Un même commerce peut-il être exercé par deux locataires dans le même immeuble? », *Annales* 1958, p. 19 et s.
- GOLDSMITH. — « A propos du projet de loi sur les sociétés civiles professionnelles », *D.* 1966, chron. p. 37 et s.
- HERMANCE. — « De la garantie de clientèle », *Annales de droit commercial*, 1907, p. 158 et s.
- HUMBERT. — « Interdiction de la concurrence résultant de certains contrats », *Repert. Commaille* 1952, p. 148 et s.
- HUSSON. — « Les activités professionnelles et le droit », in *Archives de la philosophie du droit*, 1953-1954, p. 15 et s.
- JAUFFERT. — « Les éléments nouveaux du fonds de commerce », in *Mélanges Ripert*, T. I, p. 33 et s.
- JOLY. — « Les sociétés et associations de médecins », *D.* 1953, Doct., p. 141 et s.
- JUGLARD. — « Concurrence entre les locataires d'un même propriétaire et les obligations de celui-ci », *A.J.P. I.*, 1956-I, p. 95 et s.
- JULIEN. — « Les clientèles civiles », *R.T.D. Civ.*, 1963, p. 213 et s.
- LALOU. — « 1382 contre 1165 ou la responsabilité contractuelle des tiers à l'égard d'un contractant, et d'un contractant à l'égard des tiers », *D.H.* 1928, Chron. p. 69 et s.
- LEBLANG. — « La concurrence déloyale en cas de rupture du contrat de travail », *Inf. Chef. Entrep.*, 1958, pp. 913 et s.
- LINDON. — « Validité de la clause de non concurrence dans les contrats de louage de services », *J.C.P.* 1960-I, n° 1593.
- LOUBERS. — « De la cession de clientèle médicale », *Rev. Gen. de législation et de jurispr.*, 1905, p. 530.
- LYON-CAEN G. — « Les clauses restrictives de la liberté du travail. Clauses de non concurrence ou de non réembauchage », *Droit Social* 1963, p. 88 et s.
- MAQUET. — « Professions libérales et patrimonialité », *J.C.P.*, 1956-I, 1333.

- PERREAU. — « Nature juridique des cessions de clientèles civiles », *Rec. de législation de Toulouse*, 1912, p. 389 et s.
- PICARD. — « De quelques effets des clauses de non rétablissement souscrites par un gérant libre de fonds de commerce », *J.C.P.* 1958-I, n° 1420.
- PRIEUR. — « Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché », *R.T.D. Co.* 1960, p. 521 et s.
- RAYNAUD. — « Le contrat de location de fonds de commerce », *Rev. crit. de législation et jurispr.* 1936, p. 546 et s.
- ROSSIGNOL. — « Les clientèles civiles. L'organisation des professions libérales. Règles générales », *J.C.P.* 1961, éd. Not. 1608 et 1614.
- ROTONDI. — « Avviamento rt concurrence déloyale », *R.T.D. Co.* 1956, p. 13 et s.
- ROUBIER. — « Droits intellectuels ou droits de clientèle », *R.T.D. Civ.* 1935, p. 251 et s.
- « La théorie générale de la concurrence déloyale », *R.T.D. Co.* 1948, p. 549 et s.
- SAVATIER. — « L'introduction et l'évolution du bien. Clientèle dans la construction du droit positif français », in *Melanges Maury*, T. II, p. 559 et s.
- « La cession des clientèles des professions libérales », *J.C.P.* 1955-II, 8410.
- THALLER. — « La mise possible en société d'une clientèle médicale ou dentaire », *Annales de droit commercial* 1905, p. 213 et s.
- VANARD. — « La cession des agences d'assurances », *Rep. Gen. du notariat*, 1950, art. 26.841.
- VOIRIN. — « La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie », *R.T.D. Civ.* 1930, p. 312 et s.
- « Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation, spécialement dans le bail de fonds de commerce », *R.T.D.Civ.*, 1931, p. 285 et s.

IV. — COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

- BASTIAN : Note sous Req. 12 janvier 1942, *J.C.P.* 1942-II, 1913.
- Obs. sous Req. 18 novembre 1946, *J.C.P.* 1947-II, 3.854.
- BECQUE E. : Note sous Cass. Civ., 29 octobre 1959, *J.C.P.* 1959-II, 11.353.
- BECQUE J. : Obs. sous Cass. Civ., 29 novembre 1955, *J.C.P.* 1956-II, 9.216.
- BELLET : Note sous Cass. Civ., 29 avril 1954, *J.C.P.* 1954-II, 8.249.
- BERAUD : Note sous Trib. Civ. Marseille, 23 mai 1952, *J.C.P.* 1953-II, 7777.
- BIZIERE : Obs. sous Paris, 1^{er} juillet 1963, *J.C.P.* 1964-II, 13.548.
- CABANAC : Note sous Trib. Civ. Seine, 10 novembre 1955, *J.C.P.* 1956-II, 9060.
- CARBONNIER : Note sous Trib. Civ. Foix, 31 mars 1948, *J.C.P.* 1948-II, 4419.
- Note sous Poitiers, 8 novembre 1949, *J.C.P.* 1959, II, 5450.
- Obs. sous Civ., 22 mars 1961, *G.P.* 1961-I, 428.
- CHAUVEAU : Note sous Alger, 5 mai 1926, *D.P.* 1927-2, 143.
- CHAVEGRIN : Note sous Lyon, 1^{er} mars 1926, *S.*, 1926-2, 97.
- COHEN : Note sous Cass. Com., 2 août 1949, *S.*, 1950-1, 81.
- CORDONNIER : Note sous Req. 15 février 1937, *D.* 1938-1, 13.
- DIDIER : Note sous Toulouse, 16 janvier 1966, *J.C.P.* 1966-II, 14.830.
- ESMEIN : Note sous Cass. Civ., 3 novembre 1960, *J.C.P.* 1960-II, 11.880.
- FREJAVILLE : Note sous Nîmes, 1^{er} juillet 1933, *D.P.* 1934-2, 49.
- HEMARD : Note sous Bordeaux, 18 octobre 1948, *J.C.P.* 1949-II, 4.106.
- Note sous Trib. Civ. Lille, 14 décembre 1959, *J.C.P.* 1950-II, 5.337.
- HOFFMANN : Note sous Trib. Civ. Seine, 24 novembre 1949, *Annales*, 1953, 213.
- LACOUR : Note sous Montpellier, 21 juillet 1905, *D.* 1907-2, 209.
- Note sous Nancy, 14 octobre 1905, *D.P.* 1907-2, 321.
- Note sous Req. 29 juillet 1908, *D.P.* 1909-1, 281.
- LAGARDE : Note sous Nîmes, 1^{er} juillet 1933, *S.* 1934-2, 29.
- LINDON : Note sous Cass. Soc., 4 janvier 1962, *J.C.P.* 1962-II, 12.522.
- Obs. sous Cass. Soc., 3 janvier 1964, *J.C.P.* 1964-II, 13.551.
- LYON-CAEN G. : Note sous Colmar, 11 juin 1964, *Droit Social*, 1965, 459.
- Note sous Cass. Soc., 8 mai 1967, *D.* 1967, 690.
- MAZEAUD J. : Note sous Riom, 27 juin 1928, *D.P.* 1929-2, 53.
- Note sous Paris, 12 juin 1928, *D.P.* 1929-2, 33.
- MINVIELLE : Note sous Cass. Com., 17 octobre 1951, *D.* 1953, 145.

- NAST : Note sous Nîmes, 27 mars 1939, *D.* 1940-2, 1.
PERCEROU : Note sous Cass. Civ., 7 mars 1956, *D.* 1956, 523.
PIC : Note sous Cass. Civ., 26 mars 1928, *D.P.* 1930-1, 145.
PLAISANT : Note sous Cass. Com., 13 mars 1963, *D.* 1964, 97.
PLANIOL : Note sous Paris, 7 janvier 1890, *D.P.* 1890-2, 289.
RADOUANT : Note sous Cass. Civ., 1^{er} mars 1931, *D.P.* 1933-1, 73.
RIPERT : Note sous Trib. Com. Lyon, 19 décembre 1959, *D.* 1950, 215.
RODIÈRE : Note sous Aix, 5 octobre 1954, *J.C.P.* 1955-II, 8545.
ROUSSEAU : Note sous Req. 17 février 1937, *S.* 1937-1, 169.
— Note sous Trib. Com. Lyon, 19 décembre 1949, *D.* 1950, 275.
SAINT-ALARY : Note sous Cass., Com., 2 août 1949, *J.C.P.* 1949-II, 5.188.
SAVATIER J. : Note sous Pau, 4 octobre 1954, *J.C.P.* 1955-I, 8.470.
TUNG : Note sous Paris, 10 juin 1953, *D.* 1954, 9.
VOIRIN : Note sous Cass. Civ., 20 août 1940, *J.C.P.* 1940-II, 1578.
— Note sous Lyon, 16 mai 1928, *D.P.* 1928-2, 197.
WEILL : Note sous Chambéry, 24 novembre 1953, *J.C.P.* 1954-II, 8.294.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros, non aux pages)

- Achalandage, 110, 113.
Activités similaires, 173, 174.
Agents d'assurances, 58.
Aléa, 122.
Apports, 42, 99 et s.
Avocats, 60.
Ayant cause particulier, 151 et s.
— Transmission active, 152 et s.
— Transmission passive, 165, 166.
Ayant cause universel, 133 et s.
— Transmission active, 134, 135.
— Transmission passive, 136 et s.
Bail commercial, 75 et s.
— garantie, 81 et s.
— Locaux spécialisés, 75 et s.
— Qualification, 76 et s.
Bail à ferme, 53.
Bien, 4, 27, 31, 32, 34, 56, 60, 116 et s., 229.
Bonne foi, 48, 49, 90, 91, 101, 102, 195.
Certificat de travail, 218.
Cession de créance, 163, 164.
Clause de non concurrence, 103, 105, 171 et s., 187 et s.
— Contenu, 176 et s.
— Interprétation, 193 et s.
— Rédaction, 188 et s.
— Validité, 14 et s.
Clause de non réembauchage, 192.
Clause de non rétablissement, 39, 182.
Clause pénale, 210 et s., 226.
Clientèle, 106 et s.
— concurrence, 4.
— notion, 107 et s.
— qualification juridique, 116 et s.
— transfert, 120 et s., 229.
Clientèles civiles, 60 et s.
— apport en société, 69, 70.
— contrat de remplacement, 71, 72.
— transfert, 62 et s.
Clientèle médicale.
— apport en société, 69, 70.
— cession, 62 et s.
— contrat de remplacement, 71, 72.
— obligation de non concurrence, 65 et s.
— — transmission active, 135, 136.
— — transmission passive, 137, 165, 166.
Communauté légale, 132, 142, 150.
Compétence, 197 et s.
— conflits de compétence, 200 et s.
Concurrence, 1.
— clientèle, 4.
— liberté de la concurrence, 2, 3.
— limitations, 5 et s.
— — légales, 8.
— — jurisprudentielles, 9.
— — contractuelles, 10.
Concurrence anticontractuelle, 10.
— et obligation de non concurrence, 13.
Concurrence déloyale, 9, 96, 119, 150.
— et concurrence anticontractuelle, 12.
Concurrence illégale, 8.
— et concurrence anticontractuelle, 11.
Contrat innomé, 68.
Contrat de remplacement, 71, 72.
Contrat de société, 97 et s.
Contrat de travail, 89 et s.
Conventions collectives, 23, 91, 311.
Conventions d'exclusivité, 13.
Copartageant, 43, 49.
Dommages-intérêts :
— évaluation judiciaire, 209.

- évaluation conventionnelle, 210.
- Droit allemand, 53, 91, 95.
- Droit italien, 3, 12, 14, 39, 49, 51, 80, 89, 91, 95, 98, 164, 183, 185, 186, 195.
- Droit suisse, 53.
- Droits de la personnalité, 14, 145.
- Échange, 41.
- Exécution :
 - par équivalent, 207 et s.
 - en nature, 222 et s.
 - partielle, 213.
- Exploitation, 52, 53.
- Fonds de commerce, 31, 32.
 - apport en société, 42.
 - cession, 33 et s.
 - clientèle, 52, 53, 119, 229.
 - échange, 41.
 - garantie, 42, 53, 119, 229.
 - location-gérance, 50 et s.
 - partage, 43.
- Interdiction de concurrence :
 - intérêt légitime, 15, 16.
 - limitation, 17 et s.
 - — espace, 20.
 - — objet, 18.
 - — temps, 20.
- Intuitus personae, 33, 34, 133, 135, 137, 140, 145, 155, 156, 166, 167.
- Liberté du commerce et de l'industrie, 3, 145.
 - clientèle, 4, 33.
 - restrictions, 5 et s.
 - — validité, 14 et s., 36.
 - — Droit du travail, 21 et s.
- Libre concurrence, 2.
- Location-gérance, 50 et s.
- Obligation de délivrance, 128.
- Obligation de fidélité, 91.
- Obligations de garantie, 124 et s.
 - bail commercial, 81 et s.
 - cabinet civil, 66.
 - carte de représentation commerciale, 59.
 - contrats de société, 97 et s.
 - fonds de commerce :
 - — apport en société, 42.
 - — cession, 36 et s.
 - — échange, 41.
 - — location-gérance, 50 et s.
 - — partage, 43.
 - offices ministériels, 57.
 - parts sociales, 44 et s.
 - transmission, 143, 159, 160.
- Obligation de non concurrence :
 - définition, 13.
 - exécution forcée, 206 et s.
 - — par équivalent, 207 et s.
 - — en nature, 222 et s.
 - objet, 168 et s.
 - (et) obligation de garantie, 124 et s.
 - sanctions, 196 et s.
 - sources, 26 et s.
 - — légale, 104
 - — volontaire, 105.
 - transmission active, 134, 135, 152 et s.
 - transmission passive, 136 et s., 165, 166.
- Offices ministériels, 57.
- Outillage, 78.
- Parts sociales, 45, 46.
- Personne morale, 49.
- Professions libérales, 60 et s.
- Promesse de porte-fort, 149.
- Propriétés incorporelles, 56.
- Propriété industrielle, 8.
- Règlement intérieur, 214.
- Rétablissement, 182, 183.
- Secret de fabrique, 89.
- Sociétés civiles professionnelles, 70.
- Solidarité, 220.
- Stipulation pour autrui, 162.
- Tiers complice, 215 et s.
 - mauvaise foi, 217.
- Universalité 164.
- Valeur, 113, 117, 118.
- Voyageurs-représentants-placiers, 59.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE LIBRE CONCURRENCE ET OBLIGATION DE NON CONCURRENCE

<i>Section I.</i>	— La place de l'obligation de non concurrence parmi les limitations de la concurrence ayant pour effet de protéger la clientèle	5
§ I.	— Concurrence illégale, concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle	7
§ II.	— Concurrence anticontractuelle et obligation de non concurrence	9
<i>Section II.</i>	— Les conditions de validité des conventions restrictives de la liberté économique individuelle	10
§ I.	— L'existence d'un intérêt légitime dans la personne du créancier de non concurrence	12
§ II.	— L'absence d'une incidence excessive de l'interdiction de concurrence sur la liberté du débiteur de non concurrence	14
I)	— Le critère général d'appréciation de la validité des conventions de non concurrence	15
	A) Limitation quant à l'objet	15
	B) Limitation quant au temps ou quant au lieu	15
II)	— Les critères particuliers d'appréciation de la validité des conventions de non concurrence en droit de travail	18
	A) Le mouvement jurisprudentiel	19
	B) Les conventions collectives de travail	21

PREMIÈRE PARTIE

LES SOURCES DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE

TITRE I : ANALYSE DU DROIT POSITIF	25
--	----

CHAPITRE I

<i>L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant la totalité du poste professionnel</i>	27
<i>Section I.</i> — L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant des clientèles réputées cessibles	28

<i>Sous-section I.</i>	— L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant une clientèle incorporée dans un fonds de commerce	28
§ I.	— La vente du fonds de commerce	29
	A) La place de la clientèle dans la notion de fonds de commerce	29
	B) La protection de la clientèle dans la cession de fonds de commerce	33
	a) L'admission du principe d'une obligation de non concurrence contenue dans l'obligation de garantie du vendeur de fonds de commerce ..	35
	b) Analyse de l'obligation de non concurrence du vendeur de fonds de commerce en droit positif	37
§ II.	— Les autres opérations relatives au fonds de commerce ..	40
	A) Échange, apport en société, partage	41
	B) Cession de parts sociales	42
	C) Location gérance	47
	a) L'obligation de non concurrence du bailleur de fonds de commerce	48
	b) L'obligation de non concurrence du locataire gérant du fonds de commerce	49
<i>Sous-section II.</i>	— L'obligation de non concurrence concernant une clientèle non incorporée dans un fonds de commerce ...	52
§ I.	— Les cessions d'offices ministériels	53
§ II.	— Les cessions de portefeuilles d'assurances	54
§ III.	— Les cessions de cartes de V.R.P.	55
<i>Section II.</i>	— L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant des clientèles réputées incessibles	56
§ I.	— Les contrats dits de « cession de clientèle »	58
§ II.	— L'apport en société d'une clientèle de profession libérale	64
§ III.	— Les conventions de remplacement	66
CHAPITRE II		
<i>L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant un élément du poste professionnel</i>		68
<i>Section I.</i>	— L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant un élément matériel du poste professionnel .	69
§ I.	— Qualification juridique du bail commercial	70
§ II.	— Analyse de l'obligation de garantie du bailleur d'immeuble	74
<i>Section II.</i>	— L'obligation de non concurrence dans les contrats concernant un élément personnel du poste professionnel	80
<i>Sous-section I.</i>	— L'obligation de non concurrence dans le contrat de louage de services	80
§ I.	— Le salarié peut-il exercer une activité en concurrence avec celle de son employeur?	82
§ II.	— L'obligation du salarié survit-elle à la rupture du contrat de travail?	85
<i>Sous-section II.</i>	— L'obligation de non concurrence dans le contrat de société	87
CONCLUSION DU TITRE I.		92
TITRE II: CRITIQUE DU DROIT POSITIF		95

CHAPITRE I

<i>L'unité de la notion de clientèle</i>	97
<i>Section I.</i> — La notion de clientèle	97
§ I. — Les facteurs de la clientèle	98
§ II. — Le caractère dynamique de la clientèle	101
<i>Section II.</i> — Qualification juridique de la clientèle	103
§ I. — La clientèle est-elle un bien?	104
§ II. — La clientèle peut-elle se vendre?	106
CHAPITRE II	
<i>L'unité de qualification juridique de l'obligation de non concurrence dans les transferts de clientèle</i>	110
<i>Section I.</i> — Obligation de non concurrence et obligation de garantie	111
<i>Section II.</i> — Source et rôle de l'obligation de non concurrence dans les transferts de clientèle	113
CONCLUSION DU TITRE II	117

DEUXIÈME PARTIE

LE CONTENU DE L'OBLIGATION DE
NON CONCURRENCE

TITRE I: LES SUJETS DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE	121
--	-----

CHAPITRE I

<i>La transmission de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel des parties</i>	123
<i>Section I.</i> — La transmission active de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel	124
<i>Section II.</i> — La transmission passive de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre universel	126
§ I. — L'intransmissibilité de la dette de non concurrence aux ayants cause à titre universel en matière de contrat de travail et de cession de clientèle vicile	126
§ II. — Les incertitudes de la jurisprudence et de la doctrine quant à la transmissibilité de la dette de non concurrence en matière de transfert de fonds de commerce ...	127
I) — Exposé du droit positif	127
II) — Critique du droit positif — Proposition d'une solution .	130

CHAPITRE II

<i>La transmission de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier des parties</i>	139
<i>Section I.</i> — La transmission active de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier du créancier de non concurrence	140
§ I. — Analyse de la jurisprudence	140
A) La solution générale	141
B) La solution particulière en matière de cession de clientèle médicale	142
§ II. — Fondement juridique de la transmission active de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier	144

A)	Première explication fondée sur l'art. 1122 du Code civil	144
B)	Deuxième explication fondée sur la transmission de l'obligation de garantie	146
C)	Troisième explication fondée sur l'analyse de la volonté des contractants	147
1)	Explication par les règles de la stipulation pour autrui	148
2)	Explication par le mécanisme [de la cession de créance	148
<i>Section II</i>	— La transmission passive de l'obligation de non concurrence aux ayants cause à titre particulier du débiteur de non concurrence	150
CONCLUSION DU TITRE I		152
TITRE II : L'OBJET DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE		
CHAPITRE I		
<i>Contenu de la prestation de non concurrence quant à l'activité professionnelle interdite</i>		155
<i>Section I.</i>	— Détermination de la nature de l'activité professionnelle interdite	155
§ I.	— Les clauses de non concurrence	156
§ II.	— La jurisprudence	157
<i>Section II.</i>	— Détermination de l'étendue de la prestation de non concurrence dans le temps et dans l'espace ..	159
§ I.	— Les clauses de non concurrence	159
§ II.	— La jurisprudence	160
CHAPITRE II		
<i>Contenu de la prestation de non concurrence quant au modes d'exercice de l'activité professionnelle interdite</i>		162
<i>Section I.</i>	— En l'absence de clause	162
§ I.	— L'interdiction de rétablissement	163
§ II.	— L'interdiction de tout mode d'exercice de l'activité interdite de nature à détourner la clientèle du fonds cédé	166
A)	Exercice des fonctions d'employé	167
B)	Exercice de l'activité prohibée à travers une société	168
<i>Section II.</i>	— En présence de clauses	169
§ I.	— Rédaction des clauses de non concurrence	170
a)	Interdiction d'un mode d'exercice déterminé ..	170
b)	Interdiction de plusieurs modes d'exercice déterminées	170
c)	Interdiction de plusieurs modes d'exercice déterminés et de s'intéresser directement ou indirectement	171
§ II.	— Interprétation des clauses de non concurrence par les Tribunaux	172
A)	Interprétation restrictive des clauses de non concurrence	173
B)	Interprétation des clauses de non concurrence en fonction de leur objet	174
TITRE III : LA SANCTION DE L'OBLIGATION DE NON CONCURRENCE		177

CHAPITRE I

<i>L'autorité sanctionnatrice de l'obligation de non concurrence</i>	179
I) — Compétence du Tribunal de commerce	179
II) — Compétence du Tribunal de Grande Instance et des Juridictions professionnelles	180
III) — Compétence du Conseil de Prud'hommes — Conflits de compétence avec la juridiction commerciale	180

CHAPITRE II

<i>La technique sanctionnaire de l'obligation de non concurrence</i>	184
<i>Section I.</i> — Exécution par équivalent de l'obligation de non concurrence	184
§ I. — L'objet de l'obligation de réparation	185
A) Évaluation judiciaire des dommages-intérêts	185
B) Évaluation conventionnelle des dommages-intérêts	186
a) Effet de la clause pénale entre les parties	187
b) Effet de la clause pénale vis-à-vis du juge	188
1) L'article 1231 du Code civil	188
2) L'article 22 b L.1 du Code du travail	189
§ II. — Les sujets de l'objet de réparation	189
A) Condition de la mise en jeu de la responsabilité du tiers complice de l'inexécution de la prestation de non concurrence	191
B) Effets de la responsabilité du tiers complice de la violation de l'obligation de non concurrence	194
<i>Section II.</i> — Exécution en nature de l'obligation de non concurrence	194
§ I. — L'exécution en nature peut-elle être obtenue?	195
§ II. — L'exécution en nature peut-elle être obtenue avec l'exécution par équivalent	197
CONCLUSION GÉNÉRALE	199
ANNEXE I. — LEGISLATION ITALIENNE	203
ANNEXE II. — CONVENTIONS COLLECTIVES DE TRAVAIL	205
ANNEXE III. — BIBLIOGRAPHIE	210
INDEX ALPHABÉTIQUE	215
TABLE DES MATIÈRES	217

Imprimerie HÉRISSEY, 4, Arsène-Meunier — ÉVREUX (Eure)

Dépôt légal : 4^e trimestre 1970 — N° 10135

